



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2021

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band VIII

Edited by: Hafner, Felix ; Kley, Andreas ; Monnier, Victor

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-203058>

Edited Scientific Work

Originally published at:

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band VIII. Edited by: Hafner, Felix; Kley, Andreas; Monnier, Victor (2021). Bern: Stämpfli.

COMMENTATIONES
HISTORIAE IVRIS
HELVETICAE

VIII



Stämpfli Verlag AG Bern

Prof. Dr. Felix Hafner
Prof. Dr. Andreas Kley
Prof. Dr. Victor Monnier

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

curantibus

Felix Hafner

Andreas Kley

Victor Monnier



In ædibus STÆMPFLI
BERNÆ
Anno MMXII

© Stämpfli Editions SA Berne

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-8822-7



© Stämpfli Editions SA Berne

PRÆFATIO EDITORUM

Per l'ottava edizione dei *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* abbiamo il piacere e l'onore di offrire ai nostri lettori nuove contribuzioni. Iniziando dalle origini del cristianesimo e passando dalla Savoia medievale, finiremo nel cuore dei dibattiti che opponevano Gotthelf a W. Snell nel XIX secolo. L'operato di due giuristi verrà ricordato nei *Miscellanea*. Ci auguriamo che questo nostro impegno aiuti a mantenere viva la presenza della storia del diritto nella nostra Confederazione.

Die verschiedenen erfreulichen Rückmeldungen, die wir von den Leserinnen und Lesern der bisher erschienenen Ausgaben der *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* erhalten haben, ermutigen uns, in gewohnter Art und Weise fortzufahren. Wir hoffen daher, dass auch die Beiträge der vorliegenden Nummer VIII auf ein reges Interesse stossen und für unsere Leserschaft eine Bereicherung darstellen werden.

Cette réalisation, rappelons-le, nous la devons principalement aux Editions Stämpfli et à Sandra Hadorn (Maîtrise en droit) qui en assure l'édition régulière ainsi qu'à Lara Broi, du département genevois d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques à qui nous réitérons toute notre gratitude.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier

Tabula

Præfatio editorum.....	V
Commentationes	
Matthieu de la Corbière	1
<i>Quelques exemples de contentieux immobiliers dans la Savoie médiévale</i>	
Tristan Zimmermann	9
<i>L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse</i>	
Michael Lauener	83
<i>Jeremias Gotthelfs Kampf gegen die Rechtsstaatsidee der jungen Rechtsschule Wilhelm Snells</i>	
Miscellanea	
Victor Monnier	129
<i>Notice biographique de William Emmanuel Rappard (1883-1958)</i>	
Ivan Biliarsky	133
<i>A propos de la Théorie de la nationalisation du Professeur Konstantin Katzarov (1898-1980)</i>	

COMMENTATIONES

*Matthieu de la Corbière**

QUELQUES EXEMPLES DE CONTENTIEUX IMMOBILIERS DANS LA SAVOIE MÉDIÉVALE

Les documents intéressant le droit immobilier au Moyen Age représentent une bonne part des sources relatives aux domaines de la Maison de Savoie. Les contentieux sont en particulier fréquemment évoqués par les comptes de châtelainie, malheureusement, la plupart des mentions sont habituellement allusives et requerraient une collecte systématique. En l'état actuel de nos recherches, une poignée d'actes, glanée au hasard de dépouillements, permet de lever un coin du voile recouvrant les procédures employées pour protéger la possession. Cet article ne constitue par conséquent qu'une petite contribution à la connaissance des coutumes juridiques dans le canton de Genève et la Savoie au Moyen Age.

La dénonciation de nouvel œuvre

La procédure de dénonciation de nouvel œuvre (« *Denunciatio novi operis* ») est attestée dès 1235 dans l'ancien diocèse de Lausanne¹ et 1250 dans celui de Genève², mais dans des circonstances très différentes. A Lausanne, le chapitre cathédral recourt à cette action à l'encontre de frères Prêcheurs, récemment implantés sous les murs de la cité épiscopale. Les chanoines leur reproche d'avoir refusé leur aide, de s'être établis sur un terrain situé hors du ressort capitulaire et de faire concurrence à leurs droits paroissiaux. Quant à lui, le chapitre cathédral de Genève proteste à Desingy (France, Haute-Savoie)

* Docteur en Histoire, historien du patrimoine à l'Inventaire des Monuments d'art et d'histoire du canton de Genève.

¹ Charles ROTH, *Cartulaire du chapitre de Notre-Dame de Lausanne, Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire de la Suisse romande*, 3^e série, III, Lausanne, 1948, acte 853, pp. 690-691.

² Archives d'Etat de Genève (désormais AEG), Archives, A2/1, f^o 48v^o et 76 ; *ibid.*, Archives, A2/2, f^o 370v^o-371 ; Edouard MALLET, « Documents », dans *Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, IV, Genève, 1845, Seconde partie, acte LXVIII, pp. 74-75.

contre un noble laïc qui a édifié sa maison sans avoir obtenu le consentement des chanoines détenteurs du terrain nouvellement bâti. Si la dénonciation du chantier de Lausanne est manifestement intervenue assez tardivement, après l'érection de premiers bâtiments en bois mais peu avant leur reconstruction en pierre, en revanche celle prononcée à Desingy a été employée dès le début des travaux, vers 1246.

Les raisons invoquées à Desingy et le déroulement de la procédure sont conformes aux exemples habituellement rapportés par les sources. Ainsi, les procureurs de Genève se présentent en 1383 devant un terrain communal situé à l'entrée d'une porte de la cité, pour empêcher son aménagement en jardin par deux privés³. Les autorités font suspendre la plantation des haies (« *spinas* ») destinées à délimiter la parcelle et dénoncent solennellement les travaux. Les contrevenants se voient alors imposer une amende de 60 sous par le vidomne. En 1419 et 1421, les syndics de Genève interviennent également au cours de chantiers qu'ils récusent. Dans le premier cas, ils viennent protester dès le creusement d'un fossé de fondation d'une maison devant former l'extension d'un bâtiment plus ancien⁴. Dans le second, ils emploient la même procédure à l'encontre d'une galerie en bois en construction, en présence des charpentiers à l'œuvre⁵. L'édification de ces deux ouvrages est alors prohibée au motif de leur empiètement sur l'espace public.

En revanche, le litige survenu en 1492 au cours de travaux de plantation de pieux et d'aménagement d'une nasse dans l'Arve⁶, non loin de Genève, est plus ambigu, la querelle portant sur un lieu n'appartenant pas aux plaignants. En effet, estimant que ces artifices sont préjudiciables au cours de la rivière, les syndics réclament leur destruction et décident de porter plainte devant le vicaire général de l'évêché, la juridiction de l'Arve relevant en effet de l'évêque. Enfin, la procédure de dénonciation est uniquement envisagée en cas d'objection de la cour épiscopale, afin d'obtenir l'arrêt du chantier.

Dans tous les cas, la dénonciation se déroule suivant un rite immuable : le jet public de trois cailloux (« *per jactum trium lapidum* »). Les différends opposant, de 1308 à 1310, la chartreuse de Vallon à l'abbaye cistercienne de Notre-Dame d'Aulps (France, Haute-Savoie), au sujet de la construction par cette dernière d'une maison, fournissent une description précise de la

³ AEG, Archives A 1, pp. 197-198. Acte remarqué dès 1829 par Jacques-Augustin (James) GALIFFE, *Matériaux pour l'histoire de Genève*, I, Genève, 1829, p. 93.

⁴ AEG, Archives A 1, pp. 198-199.

⁵ *Ibid.*, pp. 199-200.

⁶ *Registres du Conseil de Genève publiés par la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*, V, Genève, 1914, pp. 41-42.

procédure⁷. Les chartreux se rendent en grande procession sur les lieux du délit, portant une croix et de l'eau bénite⁸, puis le frère courrier prononce un discours solennel devant les représentants de Notre-Dame d'Aulps. Il proteste contre l'usurpation des droits de son couvent, rappelle les limites de la propriété usurpée, précise que l'initiative porte atteinte aussi bien à ses droits qu'à ceux du comte de Savoie, auquel appartient la juridiction du lieu en litige, et exige la suspension des travaux en cours puis la destruction des ouvrages déjà dressés. Il conclut son propos par la projection de trois pierres, comme il est de coutume en tel cas, indique l'acte⁹.

Ces différents exemples montrent que la procédure de dénonciation de nouvel œuvre forme un véritable acte judiciaire. Celui-ci constituerait parfois une mesure préventive et le plus souvent une action en complainte, afin d'obtenir la suspension de travaux sur un terrain appartenant au plaignant. Enfin, elle peut aussi bien viser une simple nasse ou un jardin, qu'une habitation voire une église¹⁰. La protestation s'accompagne du geste symbolique du jet de trois cailloux contre l'ouvrage contesté. Cette manifestation constitue l'aboutissement d'une véritable démonstration publique : une procession et un discours solennels. On ignore cependant, faute de sources détaillées, si les laïcs s'associaient le concours de prêtres.

La procédure de dénonciation de nouvel œuvre est bien connue des spécialistes du droit médiéval et n'est pas un apanage de la Savoie¹¹. La

⁷ Léon MÉNABRÉA, « Notice sur l'ancienne chartreuse de Vallon en Chablais », dans *Mémoires de l'Académie royale de Savoie*, seconde série, II, Chambéry, 1854, actes XX, pp. 290-291 (1308), et XXI, p. 292 (1310).

⁸ « *Fecerunt denunciationes et inhibitiones cum cruce et aqua benedicta* » (1308).

⁹ « *Per trium lapidum perfectionem denunciando novum opus secundum quod in talibus extitit consuetum* » (1308).

¹⁰ Citons également le cas du châtelain delphinal de Bellecombe protestant en 1339 contre la construction d'une maison forte par le comte de Savoie, près de Chapareillan (France, Isère); il dénonce l'œuvre en projetant par trois fois un caillou sur le chantier : « *Denuntio vobis omnibus predictis in dicta platea et opere operantibus (...) novum opus per jactum lapilli et lapidem projiciendo in opere per tres vices semper dicendo : denuntio vobis novum opus* » (Jean Joseph Antoine PILOT DE THOREY, *Inventaire sommaire des Archives départementales antérieures à 1790, Isère, Série B*, III, Grenoble, 1899, pp. 370 et 377).

¹¹ Jacob GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer*, II, Göttingen, 1854, pp. 181-182. Ernest Désiré GLASSON, « De la possession et des actions possessoires au Moyen Age », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 14^e année, Paris, 1890, pp. 627-633. Jacques POUMARÈDE, « La Protection possessoire dans les coutumes du sud-ouest de la France au Moyen-Age », dans *Mélanges Jean Yver*, Paris, 1976, pp. 595-604. André GOURON, « Dénonciation de nouvel œuvre et pratique méridionale », dans *Pionniers du droit occidental au Moyen Age, Variorum Collected Studies Series*, Aldershot-Burlington, 2006, XVII, pp. 401-414. Voir aussi Lucien MASMEJAN, *La protection possessoire en droit romano-canonique médiéval (XIII^e-XV^e siècles)*,

coutume auxquels se réfèrent les chartreux de Vallon en 1308-1310 est en réalité empruntée au droit romain et était largement diffusée dans l'Occident médiéval. Le jet de pierre, qui constitue le premier acte public de protestation d'un possesseur de servitude lésé, apparaît dans le Digeste de l'empereur Justinien (527-565) publié en 534 et ne trouve donc pas son origine, contrairement à ce que pensait l'historien savoyard Léon Ménabréa, dans « les usages burgondes »¹².

Selon Ernest Désiré Glasson, l'interdit médiéval est « une action possessoire, alors qu'elle constituait d'après les jurisconsultes romain, un acte extrajudiciaire et pétitoire »¹³. En outre, suivant Glasson : « les coutumiers du Moyen Age ont confondu la "*prohibitio*" et l' "*operis novi nunciatio*" en un seul moyen de procédure »¹⁴. Celui-ci résulte par conséquent d'une réinterprétation du droit romain par les canonistes. On remarquera d'ailleurs une similitude troublante avec la mesure appliquée en cas d'excommunication.

Dans le diocèse de Genève, plusieurs actes ainsi qu'un recueil de formules notariées dressé par le clerc Jean Danelly révèlent les étapes du « *Processus lapidarii* » appliqué au XV^e siècle suite à une telle sentence. A l'issue de chaque grande messe dominicale, les prêtres, vêtus des habits sacerdotaux, portant une croix, une bannière et de l'eau bénite, se rendent en procession avec les paroissiens à la maison de l'excommunié. Là, ils jettent trois cailloux sur le toit, contre la porte ou la fenêtre de l'habitation, en signe de malédiction éternelle, et damnent le coupable (« *dicendo Ve Ve Ve* »), tandis qu'on entonne le psaume 114 (« Quand Israël sortit d'Égypte... »)¹⁵. La procédure rappelle, précisent nos sources, l'anathème dont Dieu frappa Dathan et Abiron, engloutis par la terre pour avoir contesté l'autorité de Moïse¹⁶. De même, un député du concile de Bâle promet-il en 1441 l'excommunication à un moine qui a usurpé le prieuré de L'Escarène (France, Alpes-Maritimes), dans les terres méridionales du duché de Savoie, et le jet

Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 4, Montpellier, 1990, pp. 37-63 et 287-289.

¹² Digeste, livre 8, titre 5, 6.1 et livre 39, titre 1, 5.10. Je tiens à exprimer ma sincère reconnaissance à Monsieur le professeur Benedict Winiger pour ses conseils et ses explications détaillées. Léon MÉNABRÉA, « Notice sur l'ancienne chartreuse de Vallon en Chablais », *op. cit.*, p. 269.

¹³ Ernest Désiré GLASSON, « De la possession et des actions possessoires au Moyen Age », *op. cit.*, p. 628.

¹⁴ *Ibid.*, p. 630.

¹⁵ AEG, Titres et Droits, OBa 1, f^o non numéroté, 1415. AEG, Notaires latins, Jean Fusier, vol. IV, f^o 251-251v^o, 1416, communication aimable de Monsieur le professeur Marcel Grandjean. AEG, Manuscrits historiques, 48, pp. 116-118, 130-132, 132-134, 134-136, 157-158, 168, 178-180, etc., actes dressés en 1435.

¹⁶ Nb 16.23-34.

de trois pierres contre ses maisons : « *in signum maledictionis quam Deus dedit Dathan et Abiron* »¹⁷.

Or, on observera que cette même menace vient garantir dès la première moitié du XII^e siècle, en Chablais, une cession immobilière. Présidant à la fondation du prieuré Notre-Dame de Bellevaux (France, Haute-Savoie), vers 1138, les familles de Ballaison et de Langin offrent à cet établissement et au prieuré Saint-Jean de Genève divers alpages, forêts, cours d'eau, prés et pâturages, réclamant l'anathème contre tout parent qui enfreindrait la donation : « *Quam donationem si quis parentum nostrorum infringere vel infringere temptaverit cum Dathan et Abiron habeat portionem* »¹⁸.

Pour l'ancien diocèse de Genève, d'autres exemples de mesures visant à protéger la possession illustrent le poids de la symbolique religieuse dans les coutumes juridiques.

De l'action possessoire au pétitoire

Divers accords privés et traités publics attestent dès le XIII^e siècle de l'usage de croix en bois ou de pierres gravées d'une croix posées pour délimiter une parcelle, voire l'extension d'une châteltenie ou d'une seigneurie¹⁹. A côté de repères naturels – cours d'eau, relief, arbre, bloc erratique –, d'aménagements – borne, haie, fossé, chemin – et de symboles seigneuriaux – fourches patibulaires, pieu surmonté d'un blason peint –, le recours à ces croix a une valeur tout autant juridique que sacrée, le signe christique protégeant les droits du détenteur du bien ainsi délimité et son mépris apportant la malédiction à tout usurpateur.

¹⁷ Denis GHIRALDI, « Le monastère de Saint-Pons. Les conflits de juridiction », *Recherches régionales, Alpes-Maritimes et contrées limitrophes*, 181, 47^e année, janvier-mars 2006, p. 30.

¹⁸ Melville GLOVER, « Notice historique sur le prieuré de Bellevaux en Chablais... », dans *Mémoires et documents publiés par la Société savoisienne d'histoire et d'archéologie*, VII, Chambéry, 1863, p. 280 et Documents I, p. 292, et II, p. 295.

¹⁹ Matthieu DE LA CORBIERE, *L'invention et la défense des frontières dans le diocèse de Genève, Etude des principautés et de l'habitat fortifié (XII^e-XIV^e siècle)*, *Mémoires et documents publiés par l'Académie salésienne*, 107-108, Annecy, 2002, pp. 231-235 et 265-271. Entre Soral et Laconnex, dans le canton de Genève, une grosse pierre gravée d'une grande croix gothique servait à la fois de borne et de lieu de démonstration du pouvoir. Chaque condamné à mort ou à mutilation y était en effet conduit par un agent du prieuré Saint-Victor de Genève et remis à un officier du comte de Genève qui, en tant qu'avoué du couvent, appliquait la peine (Louis BLONDEL, « Pierre de justice de Saint-Victor », *Genava*, VIII, Genève, 1930, pp. 83-87).

L'épisode survenu à la fin de l'hiver 1305 dans la châtellenie épiscopale de Thiez en Faucigny (France, Haute-Savoie) révèle une mesure destinée à la fois à rappeler des droits de juridiction, à prévenir toute tentative de spoliation territoriale et, à l'évidence, à vouer aux gémonies tout assaillant. Alors que de violents affrontements opposent le sire de Faucigny au comte de Savoie, des populations fuyant le théâtre des combats viennent se réfugier sur les terres de l'évêque de Genève. Redoutant l'intrusion des belligérants, les officiers épiscopaux décident aussitôt de planter des croix le long du territoire de leur maître : « *in signum quod illi qui se reducebant ultra dictas cruces (...) erant sub protectione et deffensione domini episcopi* ». Ils clouent en outre des clefs de saint Pierre sur les maisons des villages relevant du prélat : « *in signum quod erant in terra dicti domini episcopi et in deffensione sua* »²⁰.

Plus habituellement, l'apposition d'une croix paraît indissociable des actions possessoire et pétitoire. Le châtelain de Gaillard (France, Haute-Savoie) veille par exemple, en 1426, à faire planter ce symbole sur une terre : « *in signum seysine* ». Or, le détenteur de cette dernière s'empresse d'ôter l'instrument de justice et est mis à l'amende, ayant par ailleurs empiété sur un chemin contigu à sa parcelle²¹. A Genève, une querelle de voisinage, survenue en 1514 à l'occasion de travaux de toiture, conduit les syndics à ordonner à un maçon et un charpentier de graver une croix de saint André sur une planchette de sapin. Celle-ci est fendue en deux morceaux, l'un étant déposé dans les archives de la Commune, l'autre remis au plaignant qui doit le sceller en limite de sa parcelle. Ainsi, en cas de nouveau différend, la planchette aurait été reconstituée pour prouver la légalité du bornage²².

Bien que les guerres qui ont continuellement frappé la Savoie du XII^e au milieu du XIV^e siècle aient donné lieu à la rédaction d'une quantité impressionnante de traités et bien que la construction des principautés alpines se soit traduite par le développement des chancelleries, les sources aujourd'hui conservées paraissent, de prime abord, peu éloquentes quant aux

²⁰ AEG, P.H. 248 ; Matthieu DE LA CORBIÈRE, Martine PIGUET et Catherine SANTSCHI, *Terres et châteaux des évêques de Genève, Les mandements de Jussy, Peney et Thiez des origines au début du XVI^e siècle, Mémoires et documents publiés par l'Académie salésienne*, 105, Genève-Annecy, 2001, p. 198 et note 678, même page.

²¹ « *Recepit a Girodo Thome, de Roz, inculpato removisse quandam crucem in ejus terram appositam in signum seysine, pro eo quod non deocupaverat viam publicam contra ejus terram – XII s. VI d.* » (Archives départementales de la Savoie, SA 15459, Gaillard (1426-1427), f^o 8).

²² « *Et signaverunt prout in uno parvo poste sappini per ipsos operarios fendito et partito per medium ac signato una cruce sancti Andree continetur cujus medietas remaneat penes eosdem Aquineaz et alia medietas in secreto domus civitatis ut in futurum questio oriatur inter eosdem Aquineaz et Fabri...* » (Archivio di Stato di Torino, Corte, Paesi, Genève, categoria 3, mazzo 14, titolo 19).

actions juridiques et aux mesures judiciaires appliquées lors des contentieux immobiliers.

En réalité, notre ignorance découle probablement davantage de l'absence d'enquêtes approfondies que de l'indigence des sources. En particulier, une lecture exhaustive des plaintes et des peines de justice contenues dans les innombrables comptes de châtelainie qui nous sont parvenus livrerait sans doute la matière à une étude véritablement novatrice.

*Tristan Zimmermann**

L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE DE LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET DE CROYANCE EN SUISSE

« En Suisse chaque vallée est un monde, chaque montagne une
frontière, surtout un abîme sépare une peuplade d'une autre. »
*Pellegrino Rossi*¹

« Partout où il y a une société établie, une religion est nécessaire ;
les lois veillent sur les crimes connus, et la religion sur les crimes
secrets. »
*Voltaire*²

« A nation that keeps one eye on the past is wise. A nation that
keeps two eyes on the past is blind. »
*Anonyme*³

I. Introduction

L'histoire de la liberté de conscience et de croyance⁴ illustre les mutations qu'a connues et que continue de connaître la société suisse. La présence du christianisme s'est implantée sous nos latitudes au début de l'ère chrétienne déjà. Si pendant une relativement longue période, les questions religieuses se déclinent de manière intra-chrétienne, les dernières décennies ont vu

* Assistant doctorant au département de droit public de l'Université de Genève.
L'auteur remercie Mesdames Sabine Kern, Diane Grisel et Nathalie Ilic pour leurs précieuses relectures.

¹ Rossi Pellegrino, Cours d'histoire suisse, Bâle 2000, p. 3.

² Voltaire, Traité sur la Tolérance, Paris 2007, Chap. XX, p. 104.

³ Inscription sur une façade de la Montgomery Street à Belfast (Irlande du Nord).

⁴ Cette dénomination est la plus générale. La liberté religieuse peut être comprise comme une sous-catégorie de la liberté de conscience et de croyance. Maclure Jocelyn, Taylor Charles, Laïcité & liberté de conscience, Paris 2010, p. 114.

apparaître de nouvelles présences religieuses sur le territoire suisse. Ceci a conduit la liberté de conscience et de croyance à arborer de nouveaux contours pour englober ces croyances même si, comme nous le verrons, les finalités de cette liberté, que sont l'épanouissement spirituel de l'individu et la garantie de la paix religieuse, sont restées globalement inchangées. Au cours de notre voyage à travers l'histoire de ce droit fondamental, nous examinerons aussi l'influence et la prégnance que la religion a exercées sur l'école et la laïcisation relativement récente qui a pris place en ses murs.

Nous aborderons dans un premier temps la question de la religion chrétienne sur le territoire suisse. Puis nous traiterons de la formation de la Confédération helvétique qui s'est à maintes reprises conjugée avec des conflits de nature religieuse et qui a progressivement consacré cette liberté publique. Enfin, nous discuterons de la situation actuelle et de la visibilité toujours croissante d'une population immigrée qui rejoint la Suisse avec ses propres croyances et revendications. N'oublions pas que l'homme demeure *nolens volens* « *homo religiosus* »⁵, bien que la religion arbore de multiples visages, puisque « [s]es affluents sont multiples, ses expressions innombrables »⁶. Le rôle du juge et de la création prétorienne sont d'une importance cruciale, car comme tout droit fondamental, la signification de la liberté de conscience et de croyance ne ressort point des textes de loi eux-mêmes. Cette liberté pour exister se doit d'être interprétée⁷. Ce périple à travers les âges nous révélera le rôle croissant que les juges remplissent dans l'établissement de cette liberté. De tout temps, les juges ont été les « interprètes du droit »⁸. Croire que « les juges suivent la lettre de la loi »⁹ demeure un vœu pieu pour les rétifs au gouvernement des juges. L'importance des contours donnés à la liberté religieuse réside dans sa qualité de droit fondamental, qui jouit à ce titre d'une « protection qualifiée » parmi les dispositions constitutionnelles¹⁰.

⁵ Poupard Paul, *Les religions*, Paris 2001, p. 5.

⁶ *Id.*, p. 6.

⁷ Husson Léon, *La philosophie du droit et les sciences humaines*, Archives de philosophie du droit, tome VII, Paris 1962, p. 61-80, 69.

⁸ Bacon Francis, *Essai d'un traité sur la justice universelle ou, les sources du droit ; suivi de quelques écrits juridiques*, Paris 1985, p. 81.

⁹ Montesquieu Charles-Louis de Secondat de, *De l'esprit des lois*, vol. I, Paris 1979, p. 203.

¹⁰ Hottelier Michel, *Constitution et famille(s). Rapport de la Suisse*, AIJC XXIV, 2008, p. 341-354, 351.

II. L'apparition du christianisme en Suisse

Bien que le territoire de l'ancienne Helvétie ait connu une présence religieuse antérieure au christianisme, notamment celle des religions antique, celte et romaine¹¹, nous entamerons notre étude avec l'apparition du christianisme, car il imprègne encore, peu ou prou, notre société contemporaine. Le christianisme devient religion tolérée de l'Empire romain le 28 octobre 312, après la victoire de Constantin le Grand sur son rival païen Maxence au Pont Milvius¹², puis l'unique religion officielle de l'Empire sous le règne de Théodose le Grand en 380¹³. Toutefois, la date à laquelle la religion chrétienne apparaît sur le territoire suisse actuel demeure un mystère, même si certaines légendes la font remonter avant le règne de Constantin (306-337), premier empereur romain à se convertir au christianisme¹⁴. Une communauté chrétienne aurait déjà été présente à Genève entre la fin du II^{ème} et la fin du III^{ème} siècle, mais aucun écrit ni aucune donnée archéologique ne le prouve¹⁵. La première relique chrétienne retrouvée sur sol suisse est la tombe d'une jeune fille d'Avenches, datant de la première moitié du IV^{ème} siècle, qui contient des inscriptions chrétiennes¹⁶. Quant aux premiers édifices cultuels chrétiens attestés en Suisse, ils remontent à la seconde moitié du IV^{ème} siècle¹⁷. La présence d'un évêque en Valais est établie de façon certaine dès

¹¹ Voy. Ducrey Pierre, L'empreinte des anciennes civilisations. De la Préhistoire à 401, in Andrey Georges et al., Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses, Lausanne 1986, p. 19-96, 46 et 86.

¹² Vallet Odon, Qu'est-ce qu'une religion ? Héritage et croyances dans les traditions monothéistes, Paris 1999, p. 134 ; Baubérot Jean, Petite histoire du christianisme, Paris 2008, p. 15.

¹³ Vischer Lukas, Schenker Lukas, Dellsperger Rudolf, Fatio Olivier (dir.), Histoire du christianisme en Suisse, une perspective œcuménique, Genève 1995, p. 17 et 20 ; Pahud de Mortanges René, Schweizerische Rechtsgeschichte, ein Grundriss, Zurich 2007, p. 9 ; Baubérot (note 12), p. 16.

¹⁴ Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 19 ; Ducrey (note 11), p. 88.

¹⁵ Morenzoni Franco, Evangélisation et organisation ecclésiastique de la Suisse romande des origines au début du XIV^e siècle, in Bedouelle Guy, Walter François (éd.), Histoire religieuse de la Suisse : la présence des catholiques, Fribourg 2000, p. 27-49, 27-28.

¹⁶ Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 21. Voy. aussi Bouquet Jean-Jacques, Histoire de la Suisse, Paris 1995, p. 7. Selon Marchal, la plus ancienne inscription chrétienne se trouve en Valais et daterait de l'an 377. Marchal Guy P., Les racines de l'indépendance (401-1394), in Andrey Georges et al., Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses, Lausanne 1986, p. 97-198, 112.

¹⁷ Les plus anciennes églises ont notamment été découvertes à Coire, Genève, Saint-Maurice et Martigny. Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 22-23 ; Ducrey (note 11), p. 89. Voy. aussi Broise Pierre, Un demi-millénaire de romanité, in Guichonnet Paul (dir.), Histoire de Genève, Toulouse 1986, p. 35-62, 60 ; Binz Louis, Le moyen-âge genevois (VI^e-XV^e siècles), in Guichonnet Paul (dir.), Histoire de

381, mais est vraisemblablement antérieure¹⁸. L'Eglise chrétienne, conformément aux structures administratives romaines, s'organise alors en évêchés, notamment à Genève, Avenches, Martigny, Augst et Coire¹⁹. L'aire alémane est largement christianisée au VII^{ème} siècle²⁰, quoique l'arrivée des Alémans conduite à une progression plus lente de la christianisation, comme le démontre l'évangélisation tardive de la vallée d'Uri au VIII^{ème} siècle²¹.

III. L'Ancienne Confédération

À cette époque, la Suisse, ou plutôt l'Ancienne Confédération, connaît une composition bien différente de celle que nous lui connaissons aujourd'hui. La signature du Pacte, traité d'assistance mutuelle, par les trois membres originaires de la Confédération (Uri, Schwyz et Unterwald) survient en août 1291²². La Confédération s'enrichit par la suite de nouveaux membres pour parvenir à une entité composée de treize cantons avant que ne prenne place la République Helvétique en 1798. Tout au long de son histoire, la religion a été présente dans les textes fondamentaux de la Suisse. Aussi bien le Pacte de 1291 que les pactes fédéraux postérieurs comprennent une invocation à Dieu — invocation qui n'a au demeurant aucune valeur constitutionnelle²³.

La Charte des Prêtres (*Pfaffenbrief*)²⁴, conclue le 7 octobre 1370 par les cantons de Zurich, Lucerne, Uri, Schwyz, Unterwald et Zoug, représente le premier texte doté d'une certaine importance d'un point de vue religieux, mais aussi constitutionnel. La dénomination de ce texte apparaîtra seulement au XVI^{ème} siècle et découle de l'obligation incombant aux ecclésiastiques de

Genève, Toulouse 1986, p. 63-128, 70 ; Ottiwell Adams Francis, Cunningham C. D., La Confédération suisse, Bâle, Genève 1890, p. 181.

¹⁸ Morenzoni (note 15), p. 30.

¹⁹ Pahud de Mortanges (note 13), p. 9 ; Bouquet (note 16), p. 7 ; Rossi (note 1), p. 60 ; Marchal (note 16), p. 110.

²⁰ Marchal (note 16), p. 113.

²¹ Bouquet (note 16), p. 7.

²² La date du 1^{er} août a été adoptée comme fête nationale à la fin du XIX^{ème} siècle pour célébrer cette alliance conclue dans les premiers jours du mois d'août 1291. Bouquet (note 16), p. 18. Pour le texte du Pacte en français, voy. Salamin Michel, Documents d'histoire suisse, vol. I : 1240-1516, Sierre 1972, p. 15-17.

²³ Clerc François, Les principes de la liberté religieuse en droit public suisse, Paris 1937, p. 59.

²⁴ Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 7. La version originale se trouve in Nabholz Hans, Kläui Paul (éd.), Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone : von den Anfängen bis zur Gegenwart, Aarau 1940, p. 33-36. Pour des extraits de cette Charte en français, voy. Salamin (note 22), p. 38-40.

se soumettre à l'échelon confédéral aux juridictions des cantons confédérés²⁵. Ce pacte, se rapportant principalement à des questions de justice et aux relations entre le pouvoir politique et l'Eglise, consacre l'interdiction de recourir à une juridiction étrangère pour des motifs autres que des mariages ou des questions ecclésiastiques (§ 3). Il dénote la volonté de faire prévaloir dans le domaine judiciaire l'ordre séculier sur l'ordre religieux en limitant les immunités ecclésiastiques²⁶, avec « pour but de sauvegarder les droits des tribunaux indigènes et la paix publique »²⁷, ainsi que d'atténuer l'influence étrangère, plus particulièrement autrichienne²⁸. Les ecclésiastiques sont dès lors tenus « de se soumettre aux juridictions des cantons Confédérés »²⁹. De même, il est interdit à des laïcs de recourir à des tribunaux extérieurs pour des affaires non religieuses³⁰. Cette charte, bien que fort modeste, impose une certaine unification du droit. L'établissement du droit ne relève ainsi plus de chaque contractant mais s'effectue en certains domaines par l'ensemble des pays confédérés³¹. Autrement dit, nous assistons à un passage du principe de personnalité au principe de territorialité dans la fixation du droit³². Par ailleurs, il s'agit de la première fois où les contractants qualifient l'ensemble de leur territoire « du nom de notre Confédération »³³.

A. La Réforme prend ancrage en Suisse

Les abus incessants de l'Eglise ne prennent pas fin avec la signature de la Charte des Prêtres. Malgré la soumission de la majorité de la population à la religion, le clergé fait l'objet, notamment dans les villes, de vives critiques dues à ses écarts de conduite³⁴.

²⁵ Monnier Victor, *De inventione helvetiorum reipublicae — étude sur les fondements institutionnels de la Confédération helvétique, des origines au XVe siècle*, in *Commentationes historiae iuris helveticae*, Berne 2008, p. 1-53, 18 ; Bouquet (note 16), p. 38 ; Heusler Andreas, *Schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bâle 1920, p. 121. Voy. également Rossi (note 1), p. 160 ; Marchal (note 16), p. 186.

²⁶ Aubert Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel 1967, p. 2.

²⁷ Dierauer Johannès, *Histoire de la Confédération*, vol. I, Lausanne 1911, p. 338. Voy. aussi Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 7.

²⁸ Peyer Hans Conrad, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, Zurich 1978, p. 32-33.

²⁹ Monnier Victor, *Les origines de l'article 2 de la Constitution fédérale de 1848*, RDS 1998 II, p. 415-490, 429. Voy. aussi Heusler (note 25), p. 216.

³⁰ Dierauer (note 27), p. 340.

³¹ Marchal (note 16), p. 187.

³² Pahud de Mortanges (note 13), p. 41.

³³ Dierauer (note 27), p. 342 ; Marchal (note 16), p. 187 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 41.

³⁴ Dierauer Johannès, *Histoire de la Confédération*, vol. III, Lausanne 1910, p. 3ss.

1. Zwingli dénonce les abus du clergé

Face au désordre moral habitant alors le clergé, le 1^{er} janvier 1519, du haut de la chaire du *Grossmünster* de Zurich, Ulrich Zwingli (1484-1531) annonce que dorénavant il interprétera la doctrine chrétienne en se basant sur les seuls textes originaux³⁵. Ulrich Zwingli souhaite inculquer des fondements éthiques à la Confédération tout en lui conférant une structure plus forte. Par ailleurs, il s'exprime en faveur du mariage des prêtres qui, selon lui, n'est point interdit par la Bible³⁶. En raison de différends entre Zwingli et Luther sur certains principes et articles de croyance, l'Eglise de la Réformation suisse ne prendra pas le nom d'Eglise luthérienne, mais celui d'Eglise évangélique³⁷. Le mouvement de la Réforme prend racine sur le territoire suisse, qui devient alors le deuxième foyer réformé après l'Allemagne³⁸. Suite au laïus de Zwingli, les cantons d'Appenzell, de Glaris et des Grisons, même si séduits par ses idées dès 1521, n'adoptent pas formellement la Réforme ou tout du moins pas sur l'entier de leur territoire. Le canton de Zurich rejoint quant à lui ce mouvement en 1523³⁹. En réaction, les cantons de Lucerne, Uri, Schwyz, Unterwald et Zoug, représentant le noyau dur de la foi catholique au sein de la Confédération, menacent de ne plus siéger à la Diète si le canton de Zurich ne revient pas à l'ancienne croyance⁴⁰. De crainte que la Réforme n'opère un schisme au sein de la Confédération, ces mêmes cantons, soutenus par la suite par Fribourg, Soleure, Berne et Glaris, conviennent d'un concordat sur la religion le 28 janvier 1525 à Lucerne⁴¹. Ce concordat tend à une réforme intérieure de l'Eglise sur leurs territoires respectifs. Outre le canton de Zurich, les cantons de Berne, Bâle, Schaffhouse et Glaris se refusent à ratifier ce concordat qui sera appliqué au sein des autres entités dès le 21 mai 1525⁴². Les années suivantes verront l'adoption de la Réforme par la ville de Saint-Gall en 1526, par les cantons de Berne en 1528⁴³, puis de Bâle et de

³⁵ *Id.*, p. 17.

³⁶ Salamin Michel, Documents d'histoire suisse, vol. II : 1517-1648, Sierre 1971, p. 11-12.

³⁷ Rossi (note 1), p. 255-256 ; Körner Martin, Réformes, ruptures, croissances (1515-1648), in Andrey Georges et al., Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses, Lausanne 1986, p. 333-422, 378 ; Bedouelle Guy, Les catholiques, la Réforme et la papauté au XVI^e siècle, en Suisse, in Bedouelle Guy, Walter François (éd.), Histoire religieuse de la Suisse : la présence des catholiques, Fribourg 2000, p. 123-140, 124-125.

³⁸ Bouquet (note 16), p. 38.

³⁹ Pahud de Mortanges (note 13), p. 49 ; Salamin (note 36), p. 16.

⁴⁰ Pahud de Mortanges (note 13), p. 50-51.

⁴¹ Salamin (note 36), p. 17-18.

⁴² Pahud de Mortanges (note 13), p. 51.

⁴³ Binz Louis, Brève histoire de Genève, Genève 2000, p. 25 ; Bedouelle (note 37), p. 126 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 51.

Schaffhouse en 1529⁴⁴. Ainsi, des principales villes de la Confédération, seules Lucerne, Fribourg et Soleure se soustraient à cette influence, non sans que cette dernière n'y trouve un certain attrait⁴⁵. Ce mouvement ne s'implante pas sans heurts, puisqu'en juin 1529, un pasteur protestant est brûlé vif à Schwyz pour avoir prêché la foi réformée⁴⁶.

En résumé, la Confédération est divisée d'un point de vue confessionnel entre d'une part les cantons catholiques (Uri, Schwyz, Unterwald, Lucerne, Zoug et Fribourg) et d'autre part, les cantons protestants (Zurich, Berne, Bâle, Schaffhouse). Le canton de Soleure, initialement indécis, opte finalement pour le catholicisme⁴⁷. Font exception à cette dichotomie les cantons de Glaris et Appenzell, qui maintiennent une coexistence des religions catholique et protestante⁴⁸ : « [I]e caractère biconfessionnel de ces deux derniers cantons est dicté par l'autonomie dont jouissent leurs paroisses »⁴⁹.

2. Les deux premières Paix nationales

Diverses querelles prennent place entre les cantons catholiques et réformés qui aboutissent à la conclusion de quatre paix nationales distinctes, dont les deux dernières prendront place au XVII^{ème} et au début du XVIII^{ème} siècle. La première Paix est acceptée le 26 juin 1529 à Kappel, après que la guerre fut finalement évitée grâce à la médiation des autres cantons confédérés⁵⁰ ; elle tend à la parité confessionnelle entre catholiques et protestants, en consacrant le libre choix de la confession dans les bailliages communs⁵¹. D'aucuns voient dans cette première Paix nationale l'ancrage du principe de territorialité religieux (*cujus regio, ejus religio*) en terres helvétiques⁵². Les catholiques, n'étant pas pleinement satisfaits de cet état de fait, reprochent aux Zurichois leur manière d'agir dans les pays saint-gallois et dans les

⁴⁴ Heusler (note 25), p. 217 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 51.

⁴⁵ Peyer (note 28), p. 90 ; Heusler (note 25), p. 217.

⁴⁶ Körner (note 37), p. 396.

⁴⁷ *Id.*, p. 394.

⁴⁸ Monnier (note 29), p. 433 ; Rossi (note 1), p. 260.

⁴⁹ Körner (note 37), p. 394.

⁵⁰ *Id.*, p. 396 ; Peyer (note 28), p. 90.

⁵¹ Un bailliage commun est un pays sujet administré par deux ou plusieurs cantons de la Confédération. Chaque canton désigne à tour de rôle le bailli, généralement pour une période de deux ans. Les bailliages communs sont pour la plupart issus des conquêtes communes des Confédérés. Voy. notamment Dierauer (note 34), p. 153 ; Körner (note 37), p. 396 ; Heusler (note 25), p. 219 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 52 ; Andrey Georges et al., Nouvelle Histoire de la Suisse et des Suisses (Glossaire), Lausanne 1986, p. 920-921.

⁵² Pahud de Mortanges (note 13), p. 52.

bailliages communs⁵³. Leurs prétentions religieuses ne seraient pas conformes à ce qui avait été convenu dans la première Paix nationale⁵⁴. Les catholiques se décident par conséquent à attaquer Zurich le 11 octobre 1531⁵⁵, bataille au cours de laquelle Ulrich Zwingli périt⁵⁶.

Les réformés acceptent la deuxième Paix nationale de Kappel le 16 novembre 1531 dont le traité ne reçoit sa forme définitive que le 20 novembre à Zoug⁵⁷. Le texte a pour tenant principal la prédominance accordée aux catholiques, même si les protestants voient leur foi respectée⁵⁸. Néanmoins, dans les bailliages communs, les catholiques sont en mesure de professer en toute liberté leur culte, tandis que les protestants rencontrent davantage de limitations dans l'exercice de leur foi⁵⁹. Cette deuxième Paix marque en quelque sorte un retour à la situation qui prévalait avant juin 1529⁶⁰ et annonce le mouvement de la Contre-Réforme, au cours duquel des terres, acquises à la foi protestante dans les cantons paritaires et les bailliages communs, retournent en mains catholiques⁶¹.

3. La situation religieuse dans les cantons

L'avènement de la Réforme modifie de manière importante l'organisation institutionnelle au sein des cantons. Vers 1535, tant les territoires que les zones d'influence des deux confessions se trouvent délimités dans la Suisse allemande ainsi que dans certaines régions romandes⁶².

Certains cantons réformés, tels que Zurich et Berne, soumettent l'Eglise au pouvoir laïque, tandis que Genève, encore indépendante, confère la puissance publique aux mains d'ecclésiastiques, instaurant par conséquent un régime en apparence théocratique. En ce sens, la religion réformée est établie

⁵³ Dierauer (note 34), p. 202 ; Heusler (note 25), p. 219.

⁵⁴ Dierauer (note 34), p. 202.

⁵⁵ Salamin (note 36), p. 34.

⁵⁶ Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 116 ; Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 11, 184 et 189 ; Körner (note 37), p. 398 ; Peyer (note 28), p. 91 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 52.

⁵⁷ Dierauer (note 34), p. 218 ; Salamin (note 36), p. 36. Le texte original est reproduit in Nabholz, Kläui (note 24), p. 105-108.

⁵⁸ Monnier (note 29), p. 433 ; Dierauer (note 34), p. 219 ; Rossi (note 1), p. 267 ; Peyer (note 28), p. 91 ; Heusler (note 25), p. 222 ; Steiner Paul, *Die religiöse Freiheit und die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates*, Berne 1976, p. 45.

⁵⁹ Dierauer (note 34), p. 220-221 ; Körner (note 37), p. 398 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 52.

⁶⁰ Dierauer (note 34), p. 220.

⁶¹ Heusler (note 25), p. 222-223.

⁶² Dierauer (note 34), p. 257.

et le culte catholique banni⁶³. Calvin tient toutefois à la distinction entre les deux ordres, civil et ecclésial ; à aucun moment, il n'envisage l'instauration d'une authentique théocratie⁶⁴. La laïcisation des biens ecclésiastiques servant au financement de l'assistance publique en est une illustration⁶⁵. Cette ligne de conduite politique se fait également sentir dans le cadre de l'éducation, puisque l'école genevoise est placée sous la direction de l'Eglise réformée — un choix maintenu durant trois siècles⁶⁶. Cependant, la population genevoise se révolte suite à la publication de la confession de foi de Genève le 27 avril 1537 qu'elle juge par trop tyrannique. Durant le mois d'avril 1538, aussi bien Farel que Calvin sont bannis de Genève⁶⁷. Le bannissement de ce dernier sera de courte durée ; puisque rappelé pour pallier aux difficultés que l'Etat genevois rencontre dans la réorganisation de son Eglise depuis son départ, le théologien protestant revient en septembre 1541 à Genève. Rappelons que l'intolérance de Calvin conduit à la condamnation au bûcher de Michel Servet le 27 octobre 1553 en raison de son opposition au dogme de la Trinité⁶⁸. Aucun catholique ne sera par contre exécuté pour avoir professé sa foi⁶⁹.

L'importance de l'instruction, indispensable à une compréhension du texte biblique, se manifeste en terres réformées avec la création d'Académies qui tendent à former de futurs pasteurs : à Zurich en 1523, Berne en 1528, puis en 1537 à Lausanne et en 1559 à Genève⁷⁰. L'alphabétisation de la population s'accroît grandement suite au mouvement de la Réforme⁷¹. La liberté des cultes est admise comme principe pour la première fois suite au mouvement de la Réforme, même si la reconnaissance et la mise en application de ce principe n'interviennent qu'ultérieurement⁷². Tant protestants que catholiques n'en restent pas moins astreints à une stricte discipline dictée par l'Etat et l'Eglise⁷³. Le blasphème du nom de Dieu est passible alors de la condamnation à mort⁷⁴.

⁶³ Rossi (note 1), p. 281 ; Salamin (note 36), p. 49.

⁶⁴ Walter François, *Les Eglises et l'Etat en Suisse*, in Grandjean Michel, Scholl Sarah (éd.), *L'Etat sans confession. La laïcité à Genève* (1907) et dans les contextes suisse et français, Genève 2010, p. 103-126, 107.

⁶⁵ Binz (note 43), p. 27.

⁶⁶ Hofstetter Rita, *Le drapeau dans le cartable, histoire des écoles privées à Genève au 19ème siècle*, Genève 1994, p. 23.

⁶⁷ Salamin (note 36), p. 53.

⁶⁸ *Id.*, p. 60-63.

⁶⁹ Binz (note 43), p. 29-30.

⁷⁰ Bouquet (note 16), p. 43 ; Körner (note 37), p. 378 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 143-146.

⁷¹ Körner (note 37), p. 378.

⁷² Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 188.

⁷³ Körner (note 37), p. 387.

⁷⁴ *Id.*, p. 386-387.

Hormis quelques légères modifications de frontières lors des décennies suivantes, les contours de la géographie religieuse restent plus ou moins définis tels qu'ils sont à cette époque⁷⁵. En effet, l'expansion de la Confédération à de nouvelles entités territoriales connaît un coup d'arrêt, et le principe de la parité religieuse, institué par les deux premières Paix nationales, consacre l'intangibilité de la répartition confessionnelle. Cette parité religieuse est toutefois mise à mal dans le cadre du mouvement de la Contre-Réforme. En Appenzell, les minorités protestantes au sein des paroisses catholiques sont confrontées à l'alternative suivante : la conversion ou l'exode⁷⁶.

En cette fin de XVI^{ème} siècle, les jésuites s'implantent plus visiblement. Ils fondent à Lucerne une école qui sera ouverte en 1574, se profilant ainsi sur le terrain de l'instruction, démarche qui sera combattue au XVIII^{ème}, puis au XIX^{ème} siècle⁷⁷. Le canton de Fribourg accueille également une institution jésuite, le collège Saint-Michel, qui ouvre ses portes en octobre 1582⁷⁸. Neuf années plus tard, c'est à Porrentruy qu'une nouvelle institution jésuite voit le jour⁷⁹.

4. Les Diètes

Il subsiste des facteurs de rapprochement, telles les Diètes générales. Elles regroupent les députés des cantons et ceux des alliés convoqués, dont les pouvoirs sont encore bien réels⁸⁰. Ces assemblées, bien que dépourvues de pouvoir politique proprement dit, sont perçues à l'étranger comme la représentation officielle de la Confédération⁸¹. Parmi ses diverses fonctions, la Diète générale, ou Confédérale, se prononce sur les demandes d'entrée dans la Confédération et conclut des traités avec d'autres Etats⁸².

Des Diètes confessionnelles, distinctes de la Diète Confédérale, s'organisent en parallèle, creusant encore davantage le fossé entre les confessions catholique et réformée⁸³. Dans la règle, les catholiques se retrouvent à Lucerne, tandis que les protestants se rencontrent à Aarau, alors

⁷⁵ Dierauer (note 34), p. 257.

⁷⁶ Körner (note 37), p. 404.

⁷⁷ *Id.*, p. 381.

⁷⁸ Bedouelle (note 37), p. 137.

⁷⁹ Körner (note 37), p. 381. Voy. aussi Salamin (note 36), p. 76-78.

⁸⁰ Dierauer (note 34), p. 497.

⁸¹ *Id.*, p. 497-498.

⁸² *Id.*, p. 498-499.

⁸³ Monnier (note 29), p. 434.

en terres bernoises⁸⁴. Les Diètes confessionnelles, bien plus fréquentes que la Diète Confédérale, voient émerger des décisions qui revêtent une réelle importance aussi bien pour la vie intérieure que pour les relations extérieures⁸⁵.

En raison de querelles religieuses, le canton d'Appenzell se scinde en 1597 en deux demi-cantons : les Rhodes-Extérieures protestantes et les Rhodes-Intérieures catholiques⁸⁶. Dans le canton de Glaris à partir de 1623, des *Landsgemeinden* confessionnelles se tiennent à côté de la *Landsgemeinde* générale⁸⁷. Le principe de territorialité s'applique alors au plan confessionnel, conformément à l'adage *cujus regio, ejus religio*, les cantons évoluant sous un régime de christianisme d'Etat⁸⁸.

Au niveau européen, l'unité morale du peuple étant définitivement consacrée par la Guerre de Trente Ans et suite aux Traités de Westphalie, toute diversité confessionnelle au sein d'un territoire est réduite à néant⁸⁹. La Confédération suisse, demeurée en marge de ce conflit continental⁹⁰ à l'issue duquel son indépendance est reconnue⁹¹, fait exception à ce schéma, bien que des frontières confessionnelles soient érigées entre les cantons. Son caractère biconfessionnel l'a vraisemblablement maintenue à l'écart de ce conflit sanglant⁹². A l'échelle européenne, il convient de parler de confusion entre l'Eglise et l'Etat, la première se retrouvant subordonnée à ce dernier⁹³. A l'instar de Marcel Gauchet, nous pensons que « [l']autonomisation du politique caractéristique de la modernité s'effectue de la sorte sous le signe d'une subordination (religieuse) du religieux. Subordination dont il importe de noter qu'elle a été un préalable au respect des consciences : c'est à partir d'elle que la tolérance peut être élevée au rang de principe (ce qui prend forme à la fin du XVII^{ème} siècle, chez Bayle et chez Locke) »⁹⁴.

⁸⁴ Dierauer (note 34), p. 501 ; Kreis Georg, *La Suisse dans l'histoire, 1700 à nos jours*, tome 2, Zurich 1997, p. 10 ; Bouquet (note 16), p. 42.

⁸⁵ Dierauer (note 34), p. 501.

⁸⁶ Kreis (note 84), p. 10 ; Bouquet (note 16), p. 41 ; Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 12 ; Körner (note 37), p. 404 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 51.

⁸⁷ Dierauer (note 34), p. 609-610.

⁸⁸ Walter (note 64), p. 107.

⁸⁹ Willaime Jean-Paul, Mathieu Séverine (dir.), *Des maîtres et des dieux, écoles et religions en Europe*, Paris 2005, p. 10. D'un autre avis Voltaire (note 2), p. 36.

⁹⁰ Körner (note 37), p. 412.

⁹¹ Salamin (note 36), p. 129.

⁹² Rossi (note 1), p. 291.

⁹³ Martin William, *La liberté d'enseignement en Suisse*, Paris 1910, p. 5.

⁹⁴ Gauchet Marcel, *La religion dans la démocratie : parcours de la laïcité*, Paris 1998, p. 34.

B. La Suisse après les Traités de Westphalie (1648-1798)

1. Les conflits religieux

La conclusion des Traités de Westphalie précède paradoxalement la reprise de conflits religieux sur le territoire suisse⁹⁵. L'Etat et la religion sont toujours fortement imbriqués au point que cette dernière est perçue non comme une affaire personnelle mais comme un devoir civique⁹⁶. La Paix de Kappel de 1531 ayant donné aux cantons de Suisse centrale un poids politique disproportionné à leur puissance économique, les cantons de Zurich et Berne, économiquement bien plus puissants, aspirent à une révision du traité de paix de 1531⁹⁷. Ceci conduira aux guerres de Vilmergen et à la conclusion de deux autres paix nationales pour tenter de mettre un terme à ces différends issus de la Réforme⁹⁸.

Les privilèges, dont jouissent les catholiques en territoires mixtes, en raison de l'application du principe majoritaire, ainsi que l'absence d'une liberté de conscience et de croyance individuelle engendrent un climat de tensions permanent qui aboutit à un nouveau conflit confessionnel⁹⁹. Les réformés sont défaits à Vilmergen¹⁰⁰, ce qui mène à la signature de la troisième Paix nationale à Baden les 26 février et 7 mars 1656 entre Zurich et Berne d'un côté et Lucerne, Uri, Schwyz, Unterwald et Zoug de l'autre¹⁰¹. Le Traité de Baden, en sus de confirmer la deuxième Paix nationale de Kappel du 16 novembre 1531¹⁰², énonce parmi les clauses relatives au droit fédéral que chaque canton de la Confédération conserve sur son territoire entière souveraineté, de même que la compétence en matières religieuses et juridictionnelle¹⁰³. Les questions religieuses sont dès lors soustraites à la procédure fédérale¹⁰⁴. Au plan individuel, il est admis que chacun est libre d'embrasser la foi qui lui convient. D'aucuns y voient « le premier pas réel vers la liberté religieuse individuelle »¹⁰⁵.

⁹⁵ Rossi (note 1), p. 300.

⁹⁶ Capitani François de, Vie et mort de l'Ancien Régime (1648-1815), in Andrey Georges et al., Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses, Lausanne 1986, p. 423-496, 469.

⁹⁷ Kreis (note 84), p. 11.

⁹⁸ Aubert (note 26), p. 2.

⁹⁹ Pahud de Mortanges (note 13), p. 52.

¹⁰⁰ Rossi (note 1), p. 300.

¹⁰¹ Heusler (note 25), p. 245.

¹⁰² Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 171.

¹⁰³ Dierauer Johannès, Histoire de la Confédération, vol. IV, Lausanne 1913, p. 99 ; Heusler (note 25), p. 245.

¹⁰⁴ Dierauer (note 103), p. 100.

¹⁰⁵ Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 191.

La coexistence religieuse demeure ardue au lendemain de la troisième Paix nationale ; pendant près d'un demi-siècle des conflits mineurs vont se produire en terres confessionnellement mixtes. Ces conflits mineurs aboutissent à la bataille de Vilmergen, aussi connue comme la guerre du Toggenburg. La victoire des protestants dans cette bataille le 25 juillet 1712 annonce la quatrième Paix nationale et met fin aux conflits confessionnels débutés au lendemain de la Réforme¹⁰⁶. La défaite catholique est lourde en pertes humaines : environ 3000 morts, principalement des Lucernois, et seulement six cents morts côté protestant¹⁰⁷. Cette humiliation des catholiques marque la fin du triomphalisme politique lucernois¹⁰⁸. Il n'est dès lors plus question de contraindre les habitants à la conversion, les « idées de parité et de tolérance [faisant] leur chemin »¹⁰⁹. La quatrième Paix nationale est conclue à Aarau le 11 août 1712 entre les mêmes parties que la Paix de Baden¹¹⁰. Le traité de paix d'Aarau est également déclaré loi fondamentale de la Confédération sans consultation populaire préalable et sera en vigueur jusqu'à la fin de l'Ancienne Confédération en 1798¹¹¹. Il confère aux réformés la liberté de pouvoir pratiquer, au même titre que les catholiques, leur confession librement dans les bailliages communs, prérogative qu'ils se sont vu contraints d'abandonner en 1531¹¹². Les cantons demeurent souverains en matière religieuse, mais les différends religieux au sein des cantons doivent être soumis à des arbitres désignés en nombre égal par les deux confessions¹¹³. En sus des règles sur la juridiction spirituelle, cette Paix établit des règles relatives au respect des fêtes et des coutumes religieuses, aux églises, ainsi qu'à la répartition des biens ecclésiastiques et l'utilisation paritaire des bâtiments religieux. Les discriminations religieuses perdurent cependant, tel à Zurich, où un protestant qui épouse une femme catholique se voit déchu des droits de bourgeoisie par mandat souverain¹¹⁴.

¹⁰⁶ Gavard Alexandre, *Histoire de la Suisse*, tome I : 1712-1830, Paris 1998, p. 19 ; Rossi (note 1), p. 301.

¹⁰⁷ Heusler (note 25), p. 246 ; Santschi Catherine, *La situation politique et confessionnelle de la Suisse au début du XVIIIe siècle vue par un ermite*, in Bedouelle Guy, Walter François (éd.), *Histoire religieuse de la Suisse : la présence des catholiques*, Fribourg 2000, p. 219-242, 224.

¹⁰⁸ Santschi (note 107), p. 219.

¹⁰⁹ Bouquet (note 16), p. 45.

¹¹⁰ Le texte original est reproduit in Nabholz, Kläui (note 24), p. 124-131 ; Monnier (note 29), p. 434 ; Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 191 ; Heusler (note 25), p. 246.

¹¹¹ Dierauer (note 103), p. 251 ; Gavard (note 106), p. 20.

¹¹² Monnier (note 29), p. 440 ; Dierauer (note 103), p. 253 ; Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 171 ; Kreis (note 84), p. 20 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 53.

¹¹³ Gavard (note 106), p. 25.

¹¹⁴ Walter (note 64), p. 108, note 10.

2. L'instruction scolaire

Sous l'Ancienne Confédération, la qualité de l'instruction est considérée comme médiocre, du fait que l'Etat ne participe que marginalement à son financement. Les infrastructures sont insalubres et la qualité de l'enseignement laisse à désirer, sans oublier que dans certaines régions, le nombre d'établissements scolaires est relativement faible. Bien souvent ce sont des prêtres de la commune qui dispensent un enseignement à domicile dans les régions campagnardes¹¹⁵. De manière générale, la qualité de l'enseignement est jugée meilleure lorsqu'il est dispensé par des ecclésiastiques, ce qui permet au clergé d'exercer une influence certaine dans le domaine de l'instruction¹¹⁶. L'émergence d'une rivalité interconfessionnelle conduit à la généralisation de l'enseignement primaire sur l'ensemble du territoire¹¹⁷. Pour pallier à ces carences, des jésuites s'installent avant tout dans les cantons catholiques et enseignent au niveau supérieur¹¹⁸. Le poids de la religion imprègne dès lors l'ensemble de la société puisque l'Eglise, en s'occupant en premier lieu du financement et de l'organisation de l'école primaire, aussi bien dans les cantons catholiques que protestants, agit sur les esprits en devenir dès les prémices de l'instruction et permet la création d'une nouvelle élite formée de laïcs et d'ecclésiastiques¹¹⁹.

Durant la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle, une amélioration de l'instruction publique se produit en Suisse, de même qu'à travers les différents pays européens. A noter que Zurich octroie paradoxalement à cette même époque une reconnaissance légale à l'enseignement privé¹²⁰. Alors que l'analphabétisme est encore répandu au sein de la population, l'école primaire reste l'affaire de l'Eglise¹²¹. Les écoles primaires représentent le bras armé de la religion, dans la mesure où l'enseignement comprend aussi bien des prières que des cours de catéchisme¹²². L'ancien et le nouveau Testaments sont utilisés comme manuels scolaires¹²³. Dans les régions catholiques, il n'est pas rare que l'enseignement soit confié à des ecclésiastiques en plus de leur tâche

¹¹⁵ Peyer (note 28), p. 123.

¹¹⁶ His Eduard, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, vol. I : *Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte : 1798 bis 1813*, Bâle 1920, p. 629.

¹¹⁷ Capitani (note 96), p. 471.

¹¹⁸ Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 146-147.

¹¹⁹ Martin (note 93), p. 5 et 82.

¹²⁰ His (note 116), p. 631.

¹²¹ Hofstetter (note 66), p. 15.

¹²² Späni Martina, *The Organization of Public Schools along Religious Lines and the End of the Swiss Confessional States*, *Archives de Sciences sociales des religions*, 2003, 121, p. 101-114, 105.

¹²³ *Id.*, p. 104.

pastorale¹²⁴. Dès lors, les enseignants sont soit des prêtres soit des enseignants laïques choisis par les autorités ecclésiastiques¹²⁵. Ceci explique que les objectifs et le contenu de l'enseignement soient fortement influencés par la religion en raison de la responsabilité que l'Eglise exerce à cet égard. Au lendemain de la Révolution française de 1789, sous l'impulsion des Républicains français, la réforme de l'école est perçue comme prioritaire¹²⁶. L'arrivée de l'Etat comme responsable de l'éducation sous la Régénération, en 1831 à Zurich par exemple¹²⁷, changera la nature de l'instruction et fera surtout perdre à l'Eglise ses prérogatives en la matière.

IV. De 1798 à 1848

La vision hégémonique de Bonaparte le conduit à considérer la Suisse comme partie intégrante du territoire français¹²⁸. Pour cette raison et par désir d'imprégner la Suisse de l'esprit révolutionnaire, les troupes françaises envahissent cette dernière à la fin de l'année 1797¹²⁹. Cette invasion s'inscrit dans un contexte plus large de laïcisation de l'Etat conformément au mouvement des Lumières. Depuis lors, les sociétés démocratiques modernes connaissent un fondement laïque, à savoir une séparation plus ou moins stricte des sphères politique et religieuse, et attachent une valeur particulière aux libertés individuelles¹³⁰. Toute référence religieuse sera aussi bien absente de l'acte fondateur de la République helvétique de 1798 que de l'Acte de Médiation de 1803. Ceci est peu surprenant, dans la mesure où ces deux textes ont été imposés par l'occupant français¹³¹.

A. La Constitution du 12 avril 1798

S'inspirant de l'évolution constitutionnelle française de 1789 à 1797, la première constitution écrite de l'Helvétique, comprise dans le sens moderne

¹²⁴ Capitani (note 96), p. 471.

¹²⁵ Späni (note 122), p. 106.

¹²⁶ Capitani (note 96), p. 488-489.

¹²⁷ Bloch Alexandra, L'obligation scolaire, la gratuité et la laïcité de l'enseignement dans le canton de Zurich 1770-1900, in Hofstetter Rita et al. (éd.), Une école pour la démocratie. Naissance et développement de l'école primaire publique en Suisse au 19^{ème} siècle, Berne 1999, p. 91-119, 92.

¹²⁸ Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 195.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Résolution 1510 (2006) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, § 7.

¹³¹ Message sur l'initiative populaire « concernant la séparation complète de l'Etat et de l'Eglise » du 6 septembre 1978, FF 1978 II 669-702, 674.

du terme, remonte au 12 avril 1798 et inaugure l'ère de la République helvétique^{132, 133}. Les dix-neuf cantons se voient transformés en de simples circonscriptions administratives, juridictionnelles et électorales, perdant ainsi leur autonomie¹³⁴. La structure institutionnelle se métamorphose d'une Confédération d'Etats en une République centralisée¹³⁵. Par cette démarche, Napoléon souhaite retirer l'influence aux gouvernements cantonaux qui tiennent à leur souveraineté locale et sont largement opposés à la Révolution française¹³⁶. L'enseignement public se voit reconnaître une place primordiale dans cette constitution. En effet, « l'Etat éclairé doit, par l'éducation, former un peuple digne de ses libertés »¹³⁷.

Cette charte consacre à son article 5, une liberté générale. Par ailleurs, les quatorze articles du titre premier de la Constitution de 1798 représentent un abrégé de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen^{138, 139}. Aussi, cette Constitution prévoit la protection d'autres libertés fondamentales définies plus spécifiquement, telles que les libertés de conscience, d'opinion, de culte et de presse¹⁴⁰. L'origine de la consécration constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance au niveau helvétique se trouve dans les

¹³² Pour le texte original complet, voy. Kaiser Simon, Strickler Johannes, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft von der helvetischen Staatsumwälzung bis zur Gegenwart*, Berne 1901, partie B, p. 8-34 ; Kölz Alfred (éd.), *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne 1992, p. 126-152 ; Nabholz, Kläui (note 24), p. 169-184.

¹³³ Kölz Alfred, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne : ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Berne 2006, p. 116 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 157 ; Salamin Michel, *Documents d'histoire suisse*, vol. IV : 1798-1847, Sierre 1973, p. 17.

¹³⁴ Gavard (note 106), p. 86-87 ; Panzera Fabrizio, *L'Eglise en Suisse, de la fin de l'Ancien Régime à la Restauration (1798-1835)*, in Bedouelle Guy, Walter François (éd.), *Histoire religieuse de la Suisse : la présence des catholiques*, Fribourg 2000, p. 259-276, 259.

¹³⁵ Aubert Jean-François, *Introduction historique*, in Aubert Jean-François, Eichenberger Kurt et al. (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Zurich 1987-1996, p. 5-6 ; Aubert (note 25), p. 6 ; Heusler (note 25), p. 307-309.

¹³⁶ Rappard William E., *Pennsylvania and Switzerland : the American origins of the Swiss constitution*, Political science and sociology, Lund 1941, p. 49-121, 51.

¹³⁷ Capitani (note 96), p. 488.

¹³⁸ Monnier (note 29), p. 468 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 159.

¹³⁹ Outre-Atlantique, c'est au cours du dernier quart du XVIII^{ème} siècle que la première déclaration de droits au sens moderne du terme, à savoir la Déclaration des droits de l'Etat de Virginie du 12 juin 1776, consacre la liberté religieuse à son article 16. Baubérot Jean, *Les laïcités dans le monde*, Paris 2007, p. 42.

¹⁴⁰ Bouquet (note 16), p. 82 ; Walter (note 64), p. 110 ; Gardaz Philippe, *Organisation ecclésiastique cantonale et droit fédéral*, Lausanne 1973, p. 37.

révolutions aussi bien américaine que française de la fin du XVIII^{ème} siècle¹⁴¹. Par contre, l'idée que les droits fondamentaux ne s'épuisent pas seulement face aux pouvoirs publics mais gouvernent l'ensemble de l'ordre juridique nous vient de la seule Révolution française¹⁴². À l'échelon cantonal, le droit constitutionnel religieux est déjà présent depuis deux siècles et demi, puisqu'il remonte au XVI^{ème} siècle et à l'avènement de la Réforme¹⁴³.

L'article 6 de la Constitution de 1798 dispose que « la liberté de conscience est illimitée ; la manifestation des opinions religieuses est subordonnée aux sentiments de la concorde et de la paix. Tous les cultes sont permis s'ils ne troublent point l'ordre public et n'affectent aucune domination ou prééminence. La police les surveille et a le droit de s'enquérir des dogmes et des devoirs qu'ils enseignent. Les rapports d'une secte avec une autorité étrangère ne doivent influencer ni sur les affaires politiques, ni sur la prospérité et les lumières du peuple »¹⁴⁴. Cet article garantit pour la première fois et de manière illimitée la liberté de conscience¹⁴⁵. La liberté de manifester ses opinions religieuses demeure quant à elle relative, puisqu'elle peut être sujette à restriction pour des motifs d'intérêt public ou liés au maintien de la paix confessionnelle¹⁴⁶. De même, trouve son fondement en son sein, le principe de la neutralité religieuse de l'Etat sur l'ensemble du territoire suisse¹⁴⁷. En effet, la limitation des communautés religieuses aux seules affaires religieuses implique la neutralité de l'Etat en matière confessionnelle, bien que cette première constitution helvétique ne le mentionne pas explicitement¹⁴⁸. Autrement dit, l'Eglise, ou plutôt les sectes, comme elles étaient alors irrespectueusement qualifiées, sont séparées de l'Etat¹⁴⁹. Les cantons protestants ne connaissent plus d'Eglise d'Etat, tandis que les relations entre l'Eglise catholique et le Saint-Siège sont également modifiées à teneur de

¹⁴¹ Winzeler Christoph, *Fremde Religionen in der Schweiz, unter Gesichtspunkten der Religionsfreiheit und des Religionsverfassungsrechts*, RDS 1998 I, p. 237-261, 245 ; Kley Andreas, Tophinke Esther, *Religionsfreiheit zur Zeit der Helvetik, Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht*, Berne, vol. 5 (2000), p. 73-100, 75ss.

¹⁴² Kley Andreas, *Das Religionsrecht der alten und neuen Bundesverfassung*, in Pahud de Mortanges (éd.), *Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung*, Fribourg 2001, p. 9-31, 22.

¹⁴³ Winzeler (note 141), p. 244.

¹⁴⁴ Nabholz, Kläui (note 24), p. 169-170. Voy. de manière générale Steiner (note 58), p. 131-133.

¹⁴⁵ Auer Andreas, Malinverni Giorgio, Hottelier Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II : *Les droits fondamentaux*, Berne 2006, p. 21, § 438.

¹⁴⁶ Kölz (note 133), p. 118 ; Heusler (note 25), p. 309.

¹⁴⁷ Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 212, § 438.

¹⁴⁸ Kley, Tophinke (note 141), p. 79.

¹⁴⁹ Favre Antoine, *Droit constitutionnel Suisse*, Fribourg 1970, p. 20 ; Kölz (note 133), p. 118.

cette Constitution¹⁵⁰. Le Bâlois Pierre Ochs, acquis aux idées de la Révolution française et principal rédacteur de la Constitution de 1798 pour le compte des autorités de Paris¹⁵¹, aspire lui-même à une telle séparation de l'Eglise et de l'Etat¹⁵².

Quant à l'article 6, deuxième phrase, il garantit expressément la liberté de culte dans les limites de l'ordre public¹⁵³. Ceci signifie que les différentes communautés religieuses sont égales en droit. Les limites à la liberté de culte sont justifiées non seulement par des motifs d'égalité de traitement entre les diverses communautés religieuses et de paix religieuse, mais visent aussi, conformément à la volonté *laïcisatrice* française, à ne point intervenir dans l'organisation interne des communautés religieuses¹⁵⁴ et, à l'inverse, à empêcher les communautés religieuses de s'immiscer dans les affaires étatiques. De même, les citoyens ne peuvent désormais se soustraire à leurs devoirs civiques pour des motifs d'ordre religieux¹⁵⁵.

Les ministres des cultes sont, en vertu de l'article 26, privés de l'exercice des fonctions politiques et ne peuvent pas non plus participer aux assemblées politiques¹⁵⁶. Les prêtres tessinois n'en auront cure, n'hésitant pas à exercer leurs droits politiques, certains entrant même au sein du gouvernement cantonal¹⁵⁷. Pour veiller au respect des limites instituées par cette disposition, un droit de surveillance sur les services religieux a été octroyé à l'Etat, qui lui permet de se renseigner sur les dogmes et les devoirs enseignés¹⁵⁸.

En 1798, les Conseils, à savoir le Grand Conseil et le Sénat, prennent des décrets tendant à instaurer l'égalité et la paix confessionnelle. Ceux-ci ont débouché sur le séquestre des biens du clergé, l'autorisation des mariages mixtes, l'expulsion du nonce ainsi que sur l'interdiction faite aux ecclésiastiques d'exercer des fonctions publiques¹⁵⁹.

La question de l'enseignement public, obstacle à l'influence des Eglises sur les jeunes esprits, ne trouve aucune mention dans la première Constitution de l'Helvétique. Or, l'exercice de la démocratie exige du citoyen un minimum d'instruction¹⁶⁰ que la seule liberté de la presse, qui découle du droit

¹⁵⁰ Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 195.

¹⁵¹ Aubert Jean-François, *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Berne 1983, p. 9.

¹⁵² Kley, Tophinke (note 141), p. 79.

¹⁵³ Voy. Walter (note 64), p. 110.

¹⁵⁴ His (note 116), p. 373.

¹⁵⁵ Kley, Tophinke (note 141), p. 78.

¹⁵⁶ Panzera (note 134), p. 259 ; Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 195.

¹⁵⁷ Panzera (note 134), p. 268.

¹⁵⁸ Kley, Tophinke (note 141), p. 80 ; His (note 116), p. 192.

¹⁵⁹ Gavard (note 106), p. 97.

¹⁶⁰ Andrey Georges, *La quête d'un Etat national (1798-1848)*, in Andrey Georges et al., *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*, Lausanne 1986, p. 497-598, 551.

d'acquérir de l'instruction (art. 7), ne semble pas en mesure d'inculquer. Avec l'instauration de la République helvétique, l'Etat se décide néanmoins à exercer un droit de surveillance sur l'instruction dans tout le pays¹⁶¹. Les tâches qui incombait auparavant aux cantons et à l'Eglise sont dès lors dévolues à la République, conformément à la centralisation du pouvoir qui a pris forme. Toutefois, le manque d'argent dont souffre la République helvétique, en raison notamment de l'abrogation des charges féodales et de la suppression des dîmes, du cens et d'autres charges réelles, ne lui permet pas d'instituer une administration efficace et d'entreprendre les réformes nécessaires dans le domaine de l'instruction¹⁶².

B. L'entre-deux Constitutions

Afin de garantir pleinement la liberté de conscience de l'individu dans le domaine scolaire, il convient de s'assurer que les enfants ne soient pas contraints de suivre un enseignement religieux contraire aux convictions de leur père. À cet égard, une circulaire du Secrétaire du Ministre des arts et des sciences dispose qu'à l'avenir seuls les ecclésiastiques, à l'exclusion des maîtres de classe, seront autorisés à dispenser un enseignement religieux¹⁶³. Toutefois, le Sénat s'oppose à la loi scolaire concrétisant cette proposition et dès lors la neutralité confessionnelle de l'Etat en matière d'enseignement religieux est repoussée à une date ultérieure¹⁶⁴.

La véritable naissance constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance est induite par la loi du 12 février 1799 qui « annule toute peine prononcée sous l'Ancien Régime pour cause d'opinion religieuse »^{165, 166}. En s'appuyant sur ce texte, le Grand Conseil et le Sénat décident l'abrogation des lois pénales, qui, mises en place par les gouvernements antérieurs, réprimaient les idées religieuses ainsi que les sectes. L'égalité entre les diverses communautés religieuses tend cependant à disparaître à la fin de la

¹⁶¹ His (note 116), p. 635.

¹⁶² Capitani (note 96), p. 489 ; Martin (note 93), p. 188-189.

¹⁶³ His (note 116), p. 374 ; Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 197.

¹⁶⁴ His (note 116), p. 374 ; Kley, Tophinke (note 141), p. 88.

¹⁶⁵ Monnier (note 29), p. 469. Voy. également Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 197.

¹⁶⁶ Pour les versions originale et française du texte, voy. *Aufhebung der alten Gesetze und Strafurtheile wegen religiöser Meinungen* du 12 février 1799, in Strickler Johannes, Rufer Alfred, *Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik* (1798-1803), Berne, Fribourg 1886-1966, vol. III, p. 1075-1077. Les textes juridiques de la République helvétique figurent également in Delvaux Pascal, *La République en papier : circonstances d'impression et pratique de dissémination des lois sous la République helvétique* (1798-1803), 2 tomes, Genève 2004.

République : si les deux principales confessions chrétiennes jouissent pleinement de la liberté de culte, les autres communautés religieuses n'en bénéficient que partiellement. Nous assistons ainsi à un retour vers l'ancien système d'Eglise d'Etat, comme l'illustre l'article 11 du projet d'une nouvelle constitution de la République helvétique du 5 juillet 1800¹⁶⁷.

C. La Constitution du 25 mai 1802

Pour diverses raisons qui tiennent aussi bien à l'incapacité des organes élus de remplir les tâches que la Constitution de 1798 leur avait assignées, à des raisons d'ordre politique qu'à l'arrivée de Bonaparte au pouvoir, une nouvelle Constitution, davantage fédéraliste, voit le jour le 25 mai 1802¹⁶⁸. Cette Constitution est soumise au vote du peuple pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle suisse¹⁶⁹. Elle est adoptée malgré son rejet par une majorité de 92'423 non contre 72'453 oui, car les 167'172 abstentions sont comptabilisées comme acceptantes¹⁷⁰. Inspirée par le projet de Constitution de la Malmaison du 29 mai 1801 - texte qui n'entrera jamais formellement en vigueur¹⁷¹ -, cette Charte institue une sorte d'Etat fédératif avec l'introduction d'un parlement bicaméral. Aussi, les questions relatives à la religion demeurent du ressort de l'administration de la République (art. 13).

Remarquable d'un point de vue religieux, le texte de la Constitution définit à son article premier la religion chrétienne, dans les communions catholique et réformée, comme la religion de l'Etat¹⁷². Par contre, eu égard aux libertés publiques, aussi bien la Constitution de 1802 que l'Acte de Médiation, son successeur, en sont dépourvus de toute consécration ; ce qui dénote un certain recul dans la protection des libertés individuelles par

¹⁶⁷ « Die Religion der Christen nach dem katholischen und reformirten Glaubensbekenntniss, ihre Gottesdienste und gottesdienstlichen Uebungen bleiben ungestört, jedem frey, und unter dem besondern Schutz der Regierung », reproduit in Kaiser, Strickler (note 132), p. 49.

¹⁶⁸ Le texte de la Constitution du 25 mai 1802 figure in Hilty Carl, Les Constitutions fédérales de la Confédération suisse, Neuchâtel 1891, p. 347-357 ; Kaiser, Strickler (note 132), p. 99-108.

¹⁶⁹ Monnier (note 29), p. 445.

¹⁷⁰ Monnier Victor, La législation constitutionnelle en Suisse dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, Revue Historique Neuchâteloise n°3-4/2002, p. 249-269, 251 ; Dierauer Johannès, Histoire de la Confédération, vol. V, tome I, Lausanne 1918, p. 154 ; Gavard (note 106), p. 129.

¹⁷¹ Panzera (note 134), p. 262-263.

¹⁷² His (note 116), p. 398 ; Kley, Tophinke (note 141), p. 93 ; Kölz (note 133), p. 155 ; Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 212, § 438 ; Gavard (note 106), p. 130.

rapport à la première Constitution de l'Helvétique¹⁷³. Seul subsiste le principe d'égalité de droit entre les citoyens suisses¹⁷⁴. Cette évolution est en droite ligne avec le contenu des constitutions et des législations cantonales qui ne connaissent pas une garantie explicite de la liberté de conscience et de croyance ni de la liberté des cultes¹⁷⁵. L'exercice des cultes fait néanmoins exception : les articles 60 et suivants autorisent l'exercice des cultes autres que catholique et réformé, dans le respect de la loi et pour autant qu'ils soient conformes à l'ordre public. Par ailleurs, l'article 61 énonce que les Cantons ont la charge de l'entretien du culte des deux seules confessions chrétiennes.

Pour ce qui est de la laïcité de l'instruction publique, nous pouvons dire qu'elle demeure pure utopie, car elle comprend encore l'enseignement théologique, qui est dispensé dans des établissements scolaires distincts en fonction des confessions (art. 64). Preuve s'il en est de la présence d'une ségrégation ayant pour fondement la religion ainsi qu'un certain échec de la politique désirée par Philipp-Albert Stapfer, membre du Directoire de la République helvétique, qui souhaite instituer un système scolaire centralisé et sous la conduite de l'Etat et non plus de l'Eglise¹⁷⁶.

Cette Constitution, bien que formellement entrée en vigueur le 2 juillet 1802, ne sera cependant jamais mise en pratique ; les affrontements qui opposent unitaires et fédéralistes, auxquels Bonaparte offre, ou plutôt impose sa médiation, ont eu raison de l'existence de la République helvétique¹⁷⁷.

D. L'Acte de Médiation

L'Acte de Médiation¹⁷⁸ réintroduit un système de confédération d'Etats en rétablissant le pouvoir cantonal¹⁷⁹. Les compétences fédérales sont minces.

¹⁷³ Aubert (note 151), p. 112.

¹⁷⁴ Monnier (note 170), p. 252.

¹⁷⁵ His (note 116), p. 401.

¹⁷⁶ Späni Martina, La laïcisation de l'école populaire en Suisse, in Hofstetter Rita, Magnin Charles, Criblez Lucien, Jenzer Carlo (éd.), Une école pour la démocratie : naissance et développement de l'école publique en Suisse au 19^{ème} siècle, Berne 1999, p. 229-251, 232. Concernant le projet de Stapfer sur l'instruction publique élémentaire et l'opposition suscitée par ce projet soustrayant l'autorité du clergé en matière scolaire pour la remettre aux mains de l'Etat, voy. Salamin (note 133), p. 22-24.

¹⁷⁷ Aubert (note 135), p. 8, n° 20 ; Hilty Carl, Les constitutions fédérales de la Confédération Suisse, Lausanne 1991, p. 357-358 ; Salamin (note 133), p. 35-36 et 39.

¹⁷⁸ Rochat Antoine (éd.), L'Acte de médiation du 19 février 1803 : texte intégral, Lausanne 2003, 213 p. ; Kaiser, Strickler (note 132), p. 115-131.

Elles se composent de la politique extérieure, de l'organisation de l'armée, de la ratification des tarifs douaniers et de l'arbitrage lors de différends intercantonaux¹⁸⁰. L'Acte de Médiation comprend les constitutions des dix-neuf cantons ainsi que l'Acte fédéral qui règle l'organisation de la Confédération. Les constitutions cantonales ont été imposées aux cantons¹⁸¹, n'ayant pas fait l'objet d'une approbation populaire avant d'entrer en vigueur¹⁸².

Elles ne contiennent pas de déclaration des droits, hormis la garantie de la liberté des cultes, qui demeure toutefois exclusivement réservée aux deux confessions chrétiennes¹⁸³. La liberté de conscience et de croyance n'est plus assurée, tandis que les couvents, après avoir été abolis par la législation helvétique, sont désormais rétablis¹⁸⁴.

Alors que la Constitution de la République helvétique de 1798 n'accordait pas pleine liberté à l'Eglise catholique, l'Acte de Médiation et le Pacte fédéral de 1815 se montrent plus généreux à son égard, en octroyant une souveraineté de principe aux cantons dans les affaires religieuses¹⁸⁵. Les cantons d'Argovie, de Saint-Gall, de Thurgovie et de Vaud reconnaissent la liberté des cultes protestant et catholique sur l'ensemble de leur territoire¹⁸⁶. Les constitutions des cantons de Fribourg, des Grisons, de Soleure et de Zurich ne garantissent que les religions qui y sont pratiquées¹⁸⁷. Les cantons d'Appenzell¹⁸⁸ et de Glaris¹⁸⁹, quant à eux, ne protègent que l'exercice du culte catholique ou protestant dans les terres traditionnellement reconnues comme telles. Quant aux autres cantons, tels que le Tessin¹⁹⁰, Bâle¹⁹¹,

¹⁷⁹ Monnier (note 170), p. 252 ; Monnier (note 29), p. 446 et 451 ; His (note 116), p. 98-104 ; Aubert (note 26), p. 13-14, n° 27-28 ; Capitani (note 96), p. 491. Voy. aussi Heusler (note 25), p. 316. Selon cet auteur, il s'agit d'un retour au fédéralisme.

¹⁸⁰ Capitani (note 96), p. 491.

¹⁸¹ Martenet Vincent, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle 1999, p. 147.

¹⁸² RoCHAT (note 178), p. 17.

¹⁸³ Voy. notamment les constitutions d'Argovie, de Fribourg, de Glaris, des Grisons, de Saint-Gall, de Soleure, de Thurgovie, de Vaud et de Zurich. Bridel Marcel, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, vol. I, Lausanne 1965, p. 30 ; Monnier (note 170), p. 254 ; His (note 116), p. 401-403.

¹⁸⁴ Dierauer (note 170), p. 212.

¹⁸⁵ Favre (note 149), p. 273-274.

¹⁸⁶ Art. XXIV des Constitutions d'Argovie, de Saint-Gall, de Thurgovie, art. XI des Grisons, art. XXV de la Constitution de Vaud.

¹⁸⁷ Art. XX des Constitutions de Fribourg, Soleure, Zurich et art. XXI de la Constitution des Grisons.

¹⁸⁸ Art. II de la Constitution d'Appenzell.

¹⁸⁹ Art. I^{er}, 2^{ème} phrase de la Constitution de Glaris.

¹⁹⁰ Art. XXV al. 1^{er} de la Constitution du Tessin.

¹⁹¹ Art. XX de la Constitution de Bâle.

Berne¹⁹², Unterwald¹⁹³, Zoug¹⁹⁴, Schwyz¹⁹⁵, Lucerne¹⁹⁶ et Schaffhouse¹⁹⁷, ils se confinent au principe de l'unité de confession au sein de leurs frontières respectives. En d'autres termes, « [l]a liberté religieuse n'est garantie que dans certains cantons (ceux auxquels les limites territoriales de 1803 donnent une population mixte), et seulement pour les religions ou les confessions établies »¹⁹⁸. En outre, une majorité des cantons cessent de retirer le droit de bourgeoisie ou de cité aux personnes changeant de confession ou épousant une personne d'une autre confession¹⁹⁹.

Les lendemains de l'Acte de Médiation marquent le début de la restauration pour l'Eglise réformée. La religion se retrouve incorporée à l'Etat dans les cantons qui professent intégralement ou du moins essentiellement la religion réformée. Il s'agit des cantons de Zurich, Schaffhouse, Bâle, Berne, Vaud et Genève - même si ce dernier est encore indépendant à cette époque²⁰⁰.

E. La période de la Restauration (1815-1830)

La chute de l'empire napoléonien met un terme au régime institué par l'Acte de Médiation²⁰¹; et ce dernier se voit aboli lors d'une Diète extraordinaire en date du 27 décembre 1813²⁰². Débutent alors des discussions quant aux pouvoirs à confier à la Confédération. Les travaux de la « Longue Diète » conduiront à l'adoption du Pacte fédéral²⁰³, entré en force le 7 août 1815²⁰⁴. Il est élaboré sous l'influence et la pression des Puissances alliées et permet aux cantons de retrouver presque intégralement leur souveraineté²⁰⁵. La Suisse redevient une alliance d'Etats souverains dépourvue de tout pouvoir central²⁰⁶. Cette charte représente un compromis satisfaisant pour les partisans de la souveraineté cantonale eu égard à la répartition des

¹⁹² Art XXI de la Constitution de Berne.

¹⁹³ Art. II, 2^{ème} phrase de la Constitution d'Unterwald.

¹⁹⁴ Art. II de la Constitution de Zoug.

¹⁹⁵ Art. I^{er} de la Constitution de Schwyz.

¹⁹⁶ Art. XX de la Constitution de Lucerne.

¹⁹⁷ Art. XX de la Constitution de Schaffhouse.

¹⁹⁸ Rochat (note 178), p. 15.

¹⁹⁹ Dierauer (note 170), p. 291.

²⁰⁰ *Id.*, p. 529.

²⁰¹ Monnier (note 29), p. 451.

²⁰² Martenet (note 181), p. 150.

²⁰³ Reproduit in Hilty (note 168), p. 423-434.

²⁰⁴ Rappard (note 136), p. 67 ; Panzera (note 134), p. 267.

²⁰⁵ Rappard (note 136), p. 66.

²⁰⁶ Aubert (note 135), p. 11, n° 36 ; Monnier (note 29), p. 447 ; Martenet (note 181), p. 155 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 162 ; Salamin (note 133), p. 66.

compétences entre les cantons et la Confédération. Ce texte ne prévoit pas, et par voie de conséquence n'autorise pas, la sortie de l'un des membres de la Confédération²⁰⁷. A teneur du Pacte de 1815, il y a trois cantons directeurs : Zurich, Berne et Lucerne, parmi lesquels seul ce dernier se revendique de confession catholique. A ce titre, le canton de Lucerne se trouve être le leader naturel de la minorité confessionnelle de la Confédération helvétique²⁰⁸.

Le Pacte fédéral ne garantit pas davantage la liberté religieuse que ne l'avait fait l'Acte de Médiation en son temps²⁰⁹. De manière générale, cette charte ne garantit plus les libertés individuelles, car la Confédération n'a plus pour devoir de garantir les libertés des individus, mais bien plutôt celles des cantons²¹⁰. Ainsi, les diverses libertés disparaissent, hormis la liberté du commerce dont la portée demeure toutefois des plus limitées en raison du rétablissement des corps de métiers et des droits de péage intérieurs²¹¹. Le principe d'égalité réchappe également à ce nettoyage massif ; seul droit fondamental intégralement maintenu, il est ancré au § 7 du Pacte²¹².

Le § 12 du Pacte garantit l'existence des couvents et chapitres ainsi que la conservation de leurs propriétés²¹³. La liberté des cantons en la matière s'en trouve limitée et la compétence de la Confédération d'autant accrue²¹⁴. L'idée de liberté religieuse découle en filigrane de cette disposition²¹⁵ qui a été recommandée à la Diète par le nonce apostolique Testaferatta en personne²¹⁶. Un paragraphe de ce texte prévoit également « la réorganisation des évêchés, et le retour dans le Valais et à Fribourg de l'ordre des jésuites (1815-1818), qui avait été banni de la Suisse au XVIII^{ème} siècle »²¹⁷. Le canton de Fribourg procède au rappel des jésuites en septembre 1818 marquant une importante victoire pour la tendance ultramontaine^{218, 219}. Suite à la rentrée des jésuites,

²⁰⁷ Boissier Léopold et al., Suisse, in *La vie juridique des peuples*, vol. 6, Paris 1935, p. 4.

²⁰⁸ Rappard (note 136), p. 79.

²⁰⁹ Pahud de Mortanges (note 13), p. 167. Voy. aussi Gavard (note 106), p. 155 ; Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 192.

²¹⁰ Kölz (note 133), p. 201. Voy. aussi Bouquet (note 16), p. 73.

²¹¹ Gavard (note 106), p. 156 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 167.

²¹² Martenet (note 181), p. 157 ; Monnier (note 29), p. 471 ; Monnier (note 170), p. 260.

²¹³ Heusler (note 25), p. 333.

²¹⁴ Rappard William E., *La Constitution fédérale de la Suisse : 1848-1948 : ses origines, son élaboration, son évolution*, Neuchâtel 1948, p. 39.

²¹⁵ Aubert (note 135), p. 13, n° 45.

²¹⁶ Rappard (note 214), p. 39 ; Panzera (note 134), p. 267 ; Steiner (note 58), p. 626.

²¹⁷ Gavard (note 106), p. 158.

²¹⁸ L'ultramontanisme est un mouvement partisan de l'extension des pouvoirs du pape et donc favorable à la primauté aussi bien spirituelle que juridictionnelle du pape sur le pouvoir politique.

²¹⁹ Salamin (note 133), p. 77-79.

les passions religieuses s'aiguisent. Les évêques proscrirent les mariages mixtes et les enfants catholiques se voient interdits de côtoyer leurs camarades protestants²²⁰.

Le droit fédéral, en sus de l'article constitutionnel relatif aux couvents, comprend certaines dispositions destinées à favoriser la paix religieuse, telles que l'admission des couples de confessions mixtes, en contradiction avec la pratique des évêques, et l'interdiction de la déchéance du droit de citoyenneté pour raisons de conversion dans l'autre confession²²¹.

Par ailleurs, plusieurs constitutions cantonales proclament un retour au principe de l'unité confessionnelle²²², conduisant à l'anéantissement de la liberté de culte²²³. Les minorités religieuses chrétiennes, pour peu qu'elles se soient implantées en une région déterminée, bénéficient d'une certaine tolérance de la part de la confession majoritaire²²⁴. Il n'en demeure pas moins que la liberté religieuse n'est pas respectée par ces cantons qui traitent distinctement les membres des différentes confessions. Ces entités territoriales se trouvent en contradiction avec les idées d'Alexandre Vinet, lui qui écrit en 1826 dans son « Mémoire en faveur de la liberté des cultes » que la religion en tant que relation invisible entre l'individu et Dieu ne saurait supporter aucune influence étatique et que l'Etat lui-même serait totalement incapable de légiférer sur une telle matière²²⁵.

Les constitutions cantonales se calquent sur le Pacte fédéral et ne garantissent dans leur ensemble que peu de libertés individuelles. Et encore, lorsqu'elles le font, c'est au profit de la liberté de l'industrie et du commerce ainsi que de l'égalité des droits, sans aborder une quelconque liberté religieuse. Font exception, les cantons mixtes confessionnellement qui, sans pour autant garantir la liberté religieuse, connaissent des dispositions qui tendent à préserver la paix religieuse²²⁶. A cet égard, se distinguent les cantons de Berne et de Genève. Le premier, reconnaissant la religion réformée évangélique comme religion d'Etat, permet tout de même dans certains territoires le libre exercice de la confession catholique romaine²²⁷, tandis que le second garantit à la minorité catholique l'exercice de son culte²²⁸. Au cours de la période de la Restauration, plusieurs révisions totales

²²⁰ Gavard (note 106), p. 159.

²²¹ His Eduard, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, vol. II, *Die Zeit der Restauration und der Regeneration* : 1814 bis 1848, Bâle 1929, p. 370.

²²² *Id.*, p. 370-371 ; Kölz (note 133), p. 164 ; Favre (note 149), p. 274.

²²³ Bouquet (note 16), p. 73.

²²⁴ Favre (note 149), p. 274.

²²⁵ His (note 221), p. 379.

²²⁶ Kölz (note 133), p. 203-220.

²²⁷ *Id.*, p. 203.

²²⁸ *Id.*, p. 220.

de constitutions cantonales se réalisent. Certaines conduisent à l'ancrage de la liberté de conscience en leur sein²²⁹. Le premier quart du XIX^{ème} siècle représente en effet une période de renouveau religieux, qui se manifeste par le réveil chez les réformés, et par l'illuminisme et le mysticisme chez les catholiques²³⁰.

Naît alors une rivalité féroce entre l'Eglise et l'Etat sur la question de la démocratisation de l'enseignement primaire. L'école obligatoire et son corollaire, la gratuité, qui découlent des idées d'égalité et de liberté²³¹, sont ardemment discutés durant la première moitié du XIX^{ème} siècle.

F. La période de la Régénération (1830-1848)

La phase de la Régénération, riche en révisions constitutionnelles cantonales²³², s'ouvre en 1830 avec l'introduction dans divers cantons de constitutions libérales qui garantissent les libertés individuelles²³³. Les constitutions des cantons régénérés²³⁴ comprennent en général un catalogue des libertés et droits fondamentaux classiques, semblable à de véritables déclarations des droits de l'homme, dont le contenu diverge sensiblement selon les cantons²³⁵. James Fazy considère la présence d'une déclaration de droits et de devoirs comme une exigence pour la constitution d'un authentique corps social, à l'image du Décalogue pour la constitution hébraïque²³⁶.

²²⁹ Monnier (note 170), p. 262.

²³⁰ Andrey (note 160), p. 548.

²³¹ *Id.*, p. 549.

²³² Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 19.

²³³ Aubert (note 26), p. 21 ; Dierauer Johannès, Histoire de la Confédération, vol. V, tome II, Lausanne 1919, p. 618 ; Hilty (note 168), p. 376 ; Bouquet (note 16), p. 75 ; Panzera (note 134), p. 274.

²³⁴ Les cantons régénérés sont : le Tessin, Zurich, Berne, Lucerne, Fribourg, Soleure, Schaffhouse, Saint-Gall, Argovie, Thurgovie, Vaud et Bâle-Campagne en 1834. Bridel (note 183), p. 36 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 171.

²³⁵ Martenet (note 181), p. 165 ; Bridel (note 183), p. 36-37 ; Dierauer (note 233), p. 618 ; His (note 221), p. 369ss.

²³⁶ Fazy James, De l'intelligence collective des sociétés : cours de législation constitutionnelle, Genève 2010, p. 266-267.

1. L'échelon fédéral

A l'échelon fédéral, la volonté de révision du Pacte de 1815 est récurrente durant la période de la Régénération²³⁷. Cette volonté, issue des cantons « régénérés », est récusée par les cantons conservateurs qui s'y opposent²³⁸. Les questions relatives à la protection de la liberté et des droits sont discutées dans le cadre des projets de 1832 (Acte fédéral du 15 décembre 1832, aussi appelé Projet Rossi²³⁹) et 1833 (Projet de la Diète du 15 mai 1833²⁴⁰)²⁴¹. Le premier projet est vivement critiqué par les cantons, aussi bien réformateurs que conservateurs²⁴² ; la refonte du texte ne connaît guère plus de succès auprès de ses détracteurs. Précisons cependant que ces deux projets seront source d'inspiration pour la Commission chargée de réviser le Pacte fédéral de 1815²⁴³.

Le projet de Constitution fédérale publié en 1837 par James Fazy contient à son article 2²⁴⁴, qui porte sur l'autonomie constitutionnelle des cantons, un catalogue de libertés individuelles au nombre desquelles figure la liberté religieuse. Cette disposition limite toutefois grandement l'autonomie constitutionnelle des cantons ; en effet, la garantie des constitutions cantonales ne saurait être octroyée si la liberté religieuse n'est pas consacrée en leur sein²⁴⁵. Par ailleurs, ce projet laisse augurer des qualités de visionnaire de James Fazy, puisque ce texte confère à son article 22 la compétence au Tribunal fédéral de se prononcer sur les violations des lois constitutionnelles aussi bien cantonales que fédérales. En ce sens, l'autorité judiciaire suprême de la Confédération serait garante des droits constitutionnels fédéraux et cantonaux des individus²⁴⁶.

²³⁷ Reverdin Olivier, *La Guerre du Sonderbund* vue par le Général Dufour, juin 1847 – avril 1848, Genève 1987, p. 11.

²³⁸ Salamin (note 133), p. 97-100.

²³⁹ Pour des détails quant à son contenu, voy. Dierauer (note 233), p. 674-675.

²⁴⁰ Pour des détails quant à son contenu, voy. *id.*, p. 661ss.

²⁴¹ Monnier (note 29), p. 471.

²⁴² Panzera (note 134), p. 274.

²⁴³ Martenet (note 181), p. 172 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 172.

²⁴⁴ L'article 2 énonce « la Confédération reconnaît au peuple de chaque canton le droit de se constituer lui-même ; elle garantit les différentes constitutions qu'il se donne, à la condition qu'elles protègent la propriété, ne sont point contraires à l'égalité des citoyens, qu'elles consacrent la liberté individuelle, la liberté de publier ses opinions par la parole ou la presse, sans aucune censure préalable, sauf à en répondre ; la liberté d'industrie, la liberté religieuse, la séparation des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires, la publicité des tribunaux et des délibérations législatives ». Texte en français in Kölz (note 132), p. 369-372.

²⁴⁵ Martenet (note 181), p. 172 ; His (note 221), p. 393.

²⁴⁶ Martenet (note 181), p. 173 ; His (note 221), p. 194 ; Kölz Alfred, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Vol. I, Berne 1992, p. 392.

2. L'échelon cantonal

Si nous retournons au droit positif, nous constatons que les constitutions cantonales demeurent encore relativement timides en matière de liberté religieuse, souvent restreinte à la confession majoritaire²⁴⁷. Seuls les cantons de Zurich, Berne, Bâle-Campagne, Argovie, Thurgovie et Glaris offrent une assise constitutionnelle à la liberté de conscience et de croyance²⁴⁸. Quant à la liberté générale des cultes, elle n'est point garantie²⁴⁹. Paradoxalement, le canton de Genève reconnaît en 1847 la liberté des cultes à l'art 164 al. 1 de sa constitution, mais non la liberté de conscience et de croyance²⁵⁰. La liberté des cultes existait certes dans la charte fondamentale genevoise précédente, mais ce n'est que dans celle-ci que l'on peut dire qu'elle jouit d'une « vérité complète »²⁵¹. Aussi, certaines inégalités d'importance fondées sur la confession demeurent au sein d'autres cantons ; Lucerne n'accorde pas le droit de vote aux protestants, tandis que Fribourg le refuse à ceux qui ont été condamnés par les autorités ecclésiastiques²⁵².

3. Les prémices du *Sonderbund*

Le 27 janvier 1834, certains cantons régénérés votent les Articles de Baden²⁵³, une série de recommandations visant à accroître le droit de regard des autorités séculières dans les affaires religieuses, ou autrement dit un programme de laïcisation et de nationalisation de l'Eglise catholique en Suisse²⁵⁴. Il s'agit d'un concordat, conclu entre les cantons de Berne, Lucerne, Soleure, Bâle-Campagne, Argovie, Thurgovie et Saint-Gall, qui réclame entre autres la fondation d'un archevêché suisse, la garantie de mariages mixtes, la diminution des fêtes religieuses et l'imposition des couvents²⁵⁵. Ces articles sont condamnés par les autorités ecclésiastiques le

²⁴⁷ Pahud de Mortanges (note 13), p. 171. Pour une étude détaillée des constitutions cantonales eu égard à la liberté religieuse durant la période de la Régénération, voy. Steiner (note 58), p. 207-615.

²⁴⁸ Kölz (note 133), p. 368 ; His Eduard, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, vol. III, *Der Bundesstaat von 1848 bis 1914*, Bâle 1938, p. 543.

²⁴⁹ Gardaz (note 140), p. 37.

²⁵⁰ RS 131.234.

²⁵¹ Fazy (note 236), p. 368-369.

²⁵² Dierauer (note 233), p. 619.

²⁵³ Voy. Salamin (note 133), p. 103-106.

²⁵⁴ Aubert (note 151), p. 23 ; Bridel (note 183), p. 49 ; Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 208 ; Grisel Etienne (avec la collab. d'Anouk Neuenschwander), *Droits fondamentaux : libertés idéales*, Berne 2008, p. 187 ; Reverdin (note 237), p. 13.

²⁵⁵ Dierauer (note 233), p. 710-711. Pour davantage de détails, voy. Conzemius Victor, *Le Kulturkampf en Suisse, un cas particulier ou paradigmatique ?*, in Bedouelle Guy,

17 mai 1835 et apparaissent comme une des premières causes du *Sonderbund*. En effet, les radicaux se sont mépris en transposant sur un plan religieux des questions qui auraient pu être résolues sur un plan purement politique²⁵⁶.

Le vaste mouvement de réforme, opposant les libéraux et radicaux aux conservateurs, débouchera au cours des années 1840 sur une crise confessionnelle. Les luttes intercantionales reprennent en 1841 suite à une décision du Grand Conseil argovien portant suppression des couvents en violation de l'article 12 du Pacte fédéral²⁵⁷, en réponse à une « insurrection cléricale à Villmergen »²⁵⁸. Après de houleuses discussions, le canton d'Argovie consent à rétablir les couvents de nonnes, mais non de moines, en 1843²⁵⁹. Cette mesure ne semble pas satisfaire les cantons catholiques qui protestent avec véhémence contre cette violation du droit fédéral. En conséquence, Argovie demande l'expulsion des jésuites du territoire de la Confédération²⁶⁰. Pour sa part, le canton de Lucerne, qui a adopté une constitution cléricale en 1841²⁶¹, réagit à cette mesure en rappelant en 1844 les jésuites pour leur confier une importante partie de l'enseignement, geste considéré comme une provocation par les radicaux²⁶². Les tensions interconfessionnelles se manifestent également au cours de l'année 1844 en Valais, dont la Constitution proscriit désormais la célébration du culte protestant²⁶³. La même année, le peuple valaisan rejette une loi tendant à soumettre le clergé à l'impôt, renforçant d'autant plus la prééminence du culte catholique²⁶⁴.

Suite à des manifestations anti-jésuites organisées à l'instigation des radicaux et à l'échec des expéditions de corps-francs contre le canton de

Walter François (éd.), *Histoire religieuse de la Suisse : la présence des catholiques*, Fribourg 2000, p. 297-320, 304-305.

²⁵⁶ Martin (note 93), p. 258.

²⁵⁷ Aubert (note 135), p. 19 ; Bridel (note 183), p. 49 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 173.

²⁵⁸ Reverdin (note 237), p. 13 ; Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 19.

²⁵⁹ Reverdin (note 237), p. 13 ; Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 19.

²⁶⁰ Boissier (note 207), p. 4. Concernant les positions de certains cantons sur l'expulsion de la Confédération de l'ordre des jésuites en août 1844, voy. Salamin (note 133), p. 112-115.

²⁶¹ Aubert (note 135), p. 14.

²⁶² Reverdin (note 237), p. 13-14 ; Bedouelle Guy, *La République chrétienne de Fribourg* (1889). Un idéal catholique ?, in Grandjean Michel, Scholl Sarah (éd.), *L'Etat sans confession. La laïcité à Genève* (1907) et dans les contextes suisse et français, Genève 2010, p. 127-138, 128 ; Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 210 ; Bouquet (note 16), p. 77 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 173.

²⁶³ Grisel (note 254), p. 188 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 173.

²⁶⁴ Bouquet (note 16), p. 76.

Lucerne en décembre 1844 et en mars 1845²⁶⁵, les cantons catholiques forment une alliance pour se défendre et préserver leur souveraineté face aux cantons libéraux²⁶⁶. Ce *Sonderbund*, formé en réaction aux articles de Baden²⁶⁷, comprend Lucerne, Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald, Zoug, Fribourg et le Valais. Ceux-ci concluent formellement une alliance militaire le 11 décembre 1845²⁶⁸, bien qu'elle existe dans les faits depuis 1843, voire depuis 1841²⁶⁹.

Conséquemment à la formation du *Sonderbund*, les cantons libéraux en demandent sa dissolution au motif que cette alliance est contraire à l'article 6 du Pacte²⁷⁰. Les radicaux craignent que cette union ne conduise à la sécession de ces cantons. La dissolution de cette alliance sera finalement décidée par la Diète le 20 juillet 1847 qui prononce en même temps la révision du Pacte fédéral²⁷¹. Néanmoins, il faudra attendre l'occupation des divers membres du *Sonderbund* par l'armée fédérale, pour que ces derniers dénoncent leur alliance²⁷². Ce n'est qu'après le retrait de la Diète des députés sonderbundiens le 29 octobre 1847 que l'Assemblée décide le recours à la force le 4 novembre²⁷³. Les troupes fédérales s'emparent de la Ville de Lucerne le 24 novembre 1847, tandis que le canton du Valais sera le dernier canton sonderbundien à capituler²⁷⁴. La guerre civile aura été brève, puisqu'il ne faut que vingt-six jours aux troupes fédérales pour écraser les dissidents²⁷⁵. Elle aura aussi été peu meurtrière : seules 113 personnes décèdent au cours de ce conflit²⁷⁶.

A l'issue de cette guerre, la décision est prise d'expulser tous les jésuites du territoire helvétique. Leur retour ne pourra s'effectuer officiellement qu'une fois l'article 51 de la Constitution de 1874 abrogé, c'est-à-dire en mai

²⁶⁵ Voy. Salamin (note 133), p. 115-121.

²⁶⁶ Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 210 ; Grisel (note 254), p. 188 ; Reverdin (note 237), p. 14 ; Andrey (note 160), p. 589 ; Python Francis, *Le Sonderbund* et les positions des catholiques vus à travers l'ouvrage de justification et de propagande de J. Crétineau-Joly, in Bedouelle Guy, Walter François (éd.), *Histoire religieuse de la Suisse : la présence des catholiques*, Fribourg 2000, p. 277-295, 278 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 174.

²⁶⁷ Le texte est reproduit in Hilty (note 168), p. 389-393.

²⁶⁸ Pour le texte de ce traité, voy. Salamin (note 133), p. 121-122.

²⁶⁹ Bridel (note 183), p. 51.

²⁷⁰ Rappard (note 214), p. 90.

²⁷¹ Boissier (note 207), p. 4 ; Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 212 ; Bouquet (note 16), p. 78.

²⁷² Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 212.

²⁷³ Andrey (note 160), p. 590.

²⁷⁴ Pahud de Mortanges (note 13), p. 174-175.

²⁷⁵ Bridel (note 183), p. 52 ; Aubert (note 135), p. 21.

²⁷⁶ Bouquet (note 16), p. 78 ; Andrey (note 160), p. 590 ; Python (note 266), p. 279.

1973²⁷⁷. Néanmoins, la guerre du *Sonderbund* est davantage considérée comme un conflit politique que spirituel dans la mesure où sa cause première réside dans la mutation de l'Ancienne Confédération en un Etat fédéral²⁷⁸. La défaite du *Sonderbund* a pour conséquence la fin de la souveraineté des cantons²⁷⁹.

4. Dans le cadre de l'instruction publique

La liberté d'enseignement divise les différents mouvements politiques en raison de considérations d'ordre spirituel. Les libéraux et les radicaux prônent un enseignement exclusivement public, laïque et gratuit pour éviter, autant que faire se peut, toute mésintelligence dans l'exercice des droits démocratiques. Le canton de Zurich, avec la victoire du radicalisme en 1845, rend l'enseignement religieux optionnel²⁸⁰. Il en est de même de l'école genevoise qui est soustraite à l'influence de l'Eglise²⁸¹. Le canton du Valais trouve comme échappatoire l'enseignement à domicile. Un règlement valaisan de 1845 institue une liberté d'enseignement aux contours larges, permettant ainsi aux parents de dispenser à leurs enfants une instruction à la maison²⁸².

Force est de constater que l'instruction publique s'émancipe progressivement de l'influence du clergé dans les cantons réformés. Par contre, les cantons catholiques conservateurs supportent le maintien des écoles confessionnelles, arguant qu'elles fournissent un complément à l'enseignement, donné au sein de la famille et de l'Eglise, en conformité avec les conceptions chrétiennes traditionnelles²⁸³.

Ce mur de séparation entre cantons, fondé sur la confession, n'est toutefois pas totalement imperméable. Dans certains cantons réformés, l'école

²⁷⁷ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le résultat de la votation populaire du 20 mai 1973 relative à l'arrêté fédéral abrogeant les articles de la constitution fédérale sur les jésuites et les couvents (art. 51 et 52), FF 1973 I 1605-1607. Dans les faits, les jésuites ont pu rester en Suisse et continuer à prêcher depuis 1880, pour autant qu'ils le fissent de manière discrète en dissimulant leur appartenance à la Compagnie de Jésus. Bellanger François, La liberté religieuse, Fiches juridiques suisses n° 53, Genève 2002, p. 18.

²⁷⁸ Grisel (note 254), p. 188 ; Reverdin (note 237), p. 12.

²⁷⁹ Monnier (note 29), p. 477.

²⁸⁰ His (note 221), p. 704.

²⁸¹ Kölz (note 133), p. 590. Voy. aussi Condorcet Marie Jean Antoine Nicolas Caritat de, Cinq mémoires sur l'instruction publique, Paris 1989, p. 61-62.

²⁸² Farquet Maxence, L'école valaisanne de 1830 à 1910 : (histoire et organisation), Sion 1949, p. 96.

²⁸³ Kölz (note 133), p. 374.

publique n'est pas non plus neutre d'un point de vue confessionnel²⁸⁴. Par exemple, la Constitution vaudoise de 1845 énonce que l'enseignement dans les écoles publiques doit être conforme aux principes du christianisme et de la démocratie²⁸⁵. Certains cantons catholiques ou paritaires vont jusqu'à confier l'enseignement à des maîtres d'école de confession catholique ou octroyer aux curés un droit de surveillance sur l'école²⁸⁶. La loi scolaire valaisanne adoptée le 31 mai 1844 illustre cette approche. La direction générale des écoles est confiée au Conseil d'Education, qui se compose de deux ecclésiastiques et d'un laïc²⁸⁷. Quant au règlement d'application de cette loi, il établit comme matières d'enseignement obligatoire : la prière et le catéchisme du diocèse²⁸⁸. Dans ces conditions, où les cantons réglementent strictement les autorisations pour les religions étrangères à celle du canton ou aux religions chrétiennes, il reste peu de place pour la liberté d'enseignement des membres des autres confessions. Dans le même sens, les possibilités pour les parents d'envoyer leurs enfants dans des écoles privées sont relativement restreintes. L'école publique est alors considérée comme un instrument devant favoriser la démocratie par le mélange en son sein des enfants de classes sociales et d'Etats différents. La question d'instituer des écoles privées ne se pose pas encore en des termes concrets²⁸⁹. Une extension de la démocratie passe indubitablement par une meilleure éducation du souverain, nécessitant en conséquence une réforme du système scolaire²⁹⁰.

Durant la période de la Régénération, l'Eglise a perdu l'emprise quasi absolue qu'elle exerçait sur l'instruction publique au cours du siècle précédent ; sa participation est désormais restreinte au domaine de l'instruction religieuse, au matériel utilisé ainsi qu'à une certaine représentation dans les autorités de surveillance communales²⁹¹. Il n'est cependant pas question dans l'Etat libéral d'opérer une exclusion totale de l'Eglise hors de la sphère scolaire. La présence religieuse demeure donc dans les enceintes scolaires, bien que l'instruction en tant que telle ne soit plus religieuse et les enseignants ne soient plus subordonnés aux prêtres²⁹². Cette réforme libérale de l'école rencontre de vives critiques, tant parmi les voix religieuses que laïques. L'opinion publique lui reproche d'aller à l'encontre

²⁸⁴ His (note 221), p. 454-455.

²⁸⁵ Article 11 de la Constitution. Kölz (note 133), p. 515.

²⁸⁶ His (note 221), p. 455.

²⁸⁷ Farquet (note 282), p. 24.

²⁸⁸ *Id.*, p. 102.

²⁸⁹ His (note 221), p. 457.

²⁹⁰ *Id.*, p. 699-700. Voy. aussi Farquet (note 282), p. 17.

²⁹¹ Späni (note 122), p. 107.

²⁹² *Id.*, p. 107-108.

des croyances des parents en tentant d'extraire l'instruction religieuse des programmes scolaires²⁹³.

V. De 1848 à 1874

C'est une Suisse divisée d'un point de vue confessionnel, qui participe à l'instauration de la Constitution fédérale le 12 septembre 1848. Cette division se reflète dans les opinions divergentes quant à l'instauration d'un Etat fédéral. En effet, pour d'aucuns « le fédéralisme est [...] resté un anti-fédéralisme qui considère la « Confédération » sinon comme un ennemi, en tous cas comme un mal nécessaire, avec lequel on est amené à faire des compromis, devant lequel on capitule même parfois, mais auquel on n'accorde pas volontiers d'attributs positifs »²⁹⁴.

Contrairement aux cantons de Zurich, Bâle-Campagne, Glaris et Berne, qui alors garantissent la liberté religieuse, l'avant-projet de la commission du 3 avril 1848, ne protège ni la liberté de culte ni la liberté religieuse à son art. 41²⁹⁵. Pendant les délibérations de la Diète sur l'article relatif à la garantie fédérale des constitutions cantonales, la délégation zurichoise propose comme condition supplémentaire « que la garantie soit refusée à toute constitution excluant de la bourgeoisie cantonale les Suisses d'une confession chrétienne différente de celle de la majorité. Malgré l'appui du canton d'Argovie, qui [veut] également faire bénéficier les juifs de cette proposition, le délégué zurichois retir[e] cette dernière, en raison notamment de l'opposition d'Appenzell ». Ce canton soutient qu'une conversion d'une confession chrétienne à l'autre implique un changement automatique de sa bourgeoisie conformément à la division du canton en deux, opérée en 1597²⁹⁶.

A. La Constitution de 1848

La Constitution du 12 septembre 1848²⁹⁷ est issue de la guerre civile du *Sonderbund*. Elle représente le fruit d'un compromis entre les radicaux

²⁹³ *Id.*, p. 110.

²⁹⁴ Lüthy Herbert, *Vom Geist und Ungeist des Föderalismus*, Zurich 1971, p. 31, cité par Kriesi Hanspeter, *Le système politique suisse*, Paris 1998, p. 50-51.

²⁹⁵ Kölz (note 133), p. 644-645 ; His (note 248), p. 543.

²⁹⁶ Martenet (note 181), p. 180-181. Voy. également Rappard (note 214), p. 190.

²⁹⁷ Reproduite in Kaiser, Strickler (note 132), p. 271-303 ; Nabholz, Kläui (note 24), p. 299-324. Mise en parallèle avec la Constitution de 1874 in Rappard (note 214), p. 391-452.

protestants victorieux et les catholiques vaincus²⁹⁸. Près de deux tiers des cantons et plus des deux tiers des citoyens votants acceptent le projet de constitution²⁹⁹ ; les régions catholiques se prononcent, elles, majoritairement contre l'adoption de ce texte³⁰⁰. Les cantons refusant la nouvelle Constitution sont, outre le Tessin, les cantons catholiques conservateurs que sont Uri, Schwyz, Unterwald, Zoug, Appenzell Rhodes-Intérieures et le Valais. Le canton de Lucerne accepte la révision du Pacte, malgré une majorité de voix négatives, car les abstentions sont considérées comme des votes positifs³⁰¹.

L'Etat fédéral voit le jour avec l'entrée en vigueur de ce texte³⁰², la Suisse cessant d'être une confédération de plusieurs Etats pour devenir un seul Etat, divisé en cantons³⁰³. Toutefois, le terme de Confédération est conservé pour des raisons historiques, bien que les relations entre le Gouvernement central et les entités fédérées ne s'effectuent plus sur une base contractuelle comme tel était le cas avec le Pacte de 1815. Elles s'opèrent désormais à l'aune de la Constitution fédérale³⁰⁴. Les cantons ne sont par conséquent plus souverains. Ils conservent néanmoins leurs compétences dans les domaines qui ne sont pas attribués à la Confédération (art. 3). La liste des compétences fédérales est plus fournie qu'en 1815, ce qui dénote une certaine centralisation du pouvoir³⁰⁵.

1. La notion de liberté individuelle

La notion de liberté connaît une évolution significative dans cette charte fondamentale. Si elle « s'appliquait sous l'Ancien Régime à la collectivité à laquelle appartenait la Confédération »³⁰⁶, la Constitution de 1848 confère expressément à l'individu cette prérogative³⁰⁷. En effet, sous l'Ancien Régime, l'individu jouissait des libertés, alors appelées franchises, immunités ou privilèges, grâce à son appartenance à un groupe social ou à une communauté. Pour cette raison, nous trouvons l'orthographe libertés plutôt que liberté³⁰⁸. La notion individuelle de liberté, inspirée de la Révolution française, est toutefois apparue en Suisse avec la première République, mais

²⁹⁸ Kriesi (note 294), p. 51.

²⁹⁹ Rappard (note 214), p. 126.

³⁰⁰ Ruffieux Roland, *La Suisse des radicaux (1848-1914)*, in Andrey Georges et al., *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*, Lausanne 1986, p. 599-682, 602.

³⁰¹ Pahud de Mortanges (note 13), p. 175.

³⁰² Bouquet (note 16), p. 3.

³⁰³ Aubert (note 151), p. 29.

³⁰⁴ Monnier (note 170), p. 266.

³⁰⁵ Aubert (note 26), p. 34-35.

³⁰⁶ Monnier (note 29), p. 420.

³⁰⁷ Bouquet (note 16), p. 81.

³⁰⁸ Monnier (note 29), p. 443.

elle a disparu en 1815 avec le Pacte fédéral pour réapparaître en 1848 avec la Constitution fédérale³⁰⁹. En outre, la plupart des libertés consacrées dans la Constitution fédérale existent déjà dans les constitutions cantonales. Les droits fondamentaux, tels que la liberté d'établissement, la liberté de la presse, la liberté d'association et la liberté des cultes chrétiens, sont consacrés dans la Constitution de 1848, parce que ses auteurs estiment que ces droits ne sont pas suffisamment protégés dans les chartes cantonales³¹⁰. De plus, leur respect apparaît comme nécessaire au bon fonctionnement de l'Etat et à la création du sentiment d'appartenance à la nation suisse³¹¹. Dès lors, la Constitution fédérale renforce ces droits fondamentaux en les étendant à l'ensemble du territoire suisse et en supprimant les discriminations gênantes par le biais de la reconnaissance de la liberté de culte³¹².

Concernant plus particulièrement la liberté religieuse, il apparaît qu'au lendemain de la guerre du *Sonderbund*, la volonté du constituant s'est davantage concentrée sur la sauvegarde de la paix religieuse que sur la consécration d'un droit individuel à la liberté religieuse³¹³. Par conséquent, il n'est pas fait mention au sein de cette charte fondamentale, « fruit de l'intolérance religieuse »³¹⁴, de la liberté de conscience et de croyance³¹⁵. En effet, comme les cantons possèdent déjà des catalogues relativement détaillés des libertés qu'ils garantissent et que les menaces aux libertés semblent provenir pour l'essentiel des autorités cantonales, le constituant fédéral n'a pas jugé utile d'en établir une liste exhaustive³¹⁶. Le droit fédéral est alors compris comme subsidiaire aux libertés cantonales.

2. La liberté des cultes

Le libre exercice du culte des confessions chrétiennes reconnues est garanti dans toute la Confédération (art. 44 al. 1). La liberté de conscience et de croyance est par contre laissée de côté, tout comme les confessions non chrétiennes, au sein de la Constitution de 1848³¹⁷. La garantie de la liberté de

³⁰⁹ *Id.*, p. 467.

³¹⁰ Ruffieux (note 300), p. 603 ; Hottelier Michel, Constitution et liberté d'expression. Rapport de la Suisse, AIJC XXIII, 2007, p. 413-431, 423.

³¹¹ Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 22, § 49 ; Ruffieux (note 300), p. 603.

³¹² Bridel (note 183), p. 61 ; Ruffieux (note 300), p. 603.

³¹³ Häfelin Ulrich, Art. 49, in Aubert Jean-François, Eichenberger Kurt et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Zurich 1987-1996, p. 5.

³¹⁴ Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 212, § 439.

³¹⁵ Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 193.

³¹⁶ Aubert (note 151), p. 112 ; Aubert (note 135), p. 29.

³¹⁷ Voy. Monnier (note 29), p. 472-473 ; Häfelin Ulrich, Art. 50, in Aubert Jean-François, Eichenberger Kurt et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la

culte aura pour conséquence l'accroissement de la diversité confessionnelle chrétienne dans les établissements scolaires³¹⁸. Aussi, elle constitue une extension à l'échelon fédéral de ce droit déjà reconnu dans diverses constitutions cantonales régénérées, mais absent des projets fédéraux de 1832 et 1833³¹⁹.

La question de l'intervention de la Confédération en matière confessionnelle, pour imposer la paix religieuse, est vivement discutée et soulève une levée de boucliers de toutes parts³²⁰. Finalement, un compromis est trouvé avec la confection de l'alinéa 2 de l'art. 44 qui dispose que les cantons pourront toujours prendre les mesures propres au maintien de l'ordre public et de la paix entre les confessions³²¹. En d'autres termes, les cantons demeurent souverains dans l'organisation des cultes, sous réserve du libre exercice des cultes chrétiens avec les exceptions y relatives. Cette dernière est désormais une compétence fédérale.

3. **L'interdiction de la discrimination au sein des religions chrétiennes**

D'autres dispositions traitent de la question religieuse en sus du préambule qui comprend une invocation à Dieu tout-puissant. Au rang de celles-ci, figure l'article 48 qui représente un prolongement de l'article 4 garantissant à tout Suisse l'égalité devant la loi. En effet, les cantons ont l'obligation de « traiter les Confédérés de l'une des confessions chrétiennes venant d'un autre canton comme leurs propres citoyens »³²². Néanmoins, cette égalité devant la loi ne s'applique qu'aux chrétiens³²³. Il en est de même de la liberté d'établissement (art. 41). Autrement dit, les Suisses non-chrétiens, à savoir principalement les israélites, ne jouissent « ni de la liberté des cultes, ni de la liberté d'établissement, ni de l'égalité de traitement »³²⁴. En effet, « [l]a garantie de la liberté des cultes chrétiens [est] considérée comme un compromis entre les cantons latins, qui [craignent] les sectes, et les cantons alémaniques, qui ne [veulent] pas reconnaître la religion israélite »³²⁵. En ce sens, le canton de Bâle-Campagne édicte le 17 novembre 1851 une loi

Confédération suisse du 29 mai 1874, Zurich 1987-1996, p. 3, § 7 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 179.

³¹⁸ Späni (note 122), p. 111.

³¹⁹ Rappard (note 214), p. 181.

³²⁰ *Id.*, p. 182.

³²¹ *Id.*, p. 182-183.

³²² Monnier (note 170), p. 268.

³²³ Pahud de Mortanges (note 13), p. 178.

³²⁴ Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 213, § 439.

³²⁵ *Id.*, p. 33, § 70.

interdisant l'établissement de la population juive sur son sol. Celle-ci doit dès lors quitter le canton en 1853³²⁶.

4. L'Ordre des jésuites

La décision, prise en septembre 1847, relative à l'expulsion de l'Ordre des jésuites, trouve son assise constitutionnelle à l'article 58. Ce *konfessionelle Sonderartikel*³²⁷ dispose que l'Ordre des jésuites et les sociétés qui lui sont affiliées ne peuvent être reçus dans aucune partie de la Suisse, constituant par là même une restriction à la liberté du culte catholique sur le territoire suisse³²⁸. Cette restriction tend à l'instauration de la paix confessionnelle sur sol suisse³²⁹. Quant à l'art. 64, il énonce qu'est éligible comme membre du Conseil national tout citoyen suisse laïque et ayant droit de vote, instituant par voie de conséquence une discrimination à l'encontre des ecclésiastiques.

B. L'après 1848

1. Le domaine de l'instruction scolaire

L'adoption de la Constitution de 1848 conduit, dans le domaine de l'instruction scolaire, à l'expulsion des jésuites qui avaient repris la direction d'établissements scolaires ou même créé des écoles. Les Bénédictins les remplacent avec leurs écoles monastiques, par exemple à Einsiedeln, à Engelberg et à Sarnen³³⁰. Le canton de Berne va même jusqu'à retirer en 1868 l'autorisation d'enseigner aux sœurs dans sa partie jurassienne³³¹. De même, le canton du Valais connaît une certaine laïcisation de son enseignement. Conformément à l'article 8 de la Constitution cantonale de 1848, la loi du canton datée de 1849 prévoit que « l'instruction [soit] placée sous la surveillance de l'Etat sans préjudice des attributions du clergé en matière d'enseignement religieux »³³².

L'imbrication des questions relatives aux cultes et celles se rapportant à l'enseignement n'est pas une nouveauté et apparaît par exemple dans la répartition des tâches au sein de l'Exécutif vaudois. Entre 1861 et 1885, celui-

³²⁶ His (note 248), p. 512.

³²⁷ Pahud de Mortanges (note 13), p. 179.

³²⁸ Bridel (note 183), p. 61 ; Steiner (note 58), p. 931-935.

³²⁹ Fleiner Fritz, Giacometti Zaccaria, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1949, p. 310-311.

³³⁰ Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 232-233.

³³¹ Conzemius (note 255), p. 314.

³³² Farquet (note 282), p. 34.

ci réunit sept départements, parmi lesquels figure le Département vaudois des cultes et de l'instruction publique³³³. De même, le canton de Neuchâtel connaît un Département de l'instruction publique et des cultes, qui sera dirigé lors du *Kulturkampf* par le futur Conseiller fédéral Numa Droz³³⁴.

2. La révision partielle de 1866

Pendant plus de dix-sept ans, la Constitution de 1848 n'a rencontré aucune tentative sérieuse de révision³³⁵. Une anomalie ou un paradoxe juridique survient en juin 1864, lorsque, suite à la ratification d'un traité de commerce entre la Suisse et la France, tous les ressortissants français, israélites inclus, se voient reconnaître la liberté d'établissement en Suisse, tandis que leurs coreligionnaires helvétiques n'en bénéficient toujours pas³³⁶. En effet, l'art. 41 de la Constitution fédérale de 1848 « règle [...] les conditions de l'établissement pour les Suisses, mais non pour les étrangers à la Suisse. La constitution fédérale n'est en général destinée qu'à régler les rapports des Suisses ; car les rapports avec d'autres Etats ne se règlent pas par les constitutions des différents pays, mais bien par la voie de traités entre Etats »³³⁷. Le Conseil fédéral propose « d'étendre à toute communauté religieuse la liberté des cultes reconnus par la loi en vigueur aux seules confessions chrétiennes. Parmi les neuf projets d'amendement soumis à votation le 14 janvier 1866, le peuple n'accepte que celui mettant au bénéfice les Juifs suisses des droits qui venaient d'être conférés aux Juifs français »³³⁸. Cette révision partielle de la Constitution fédérale rectifie cette incohérence en conférant à présent aux non-chrétiens et aux athées, le droit

³³³ Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 207 ; <http://www.vd.ch/fr/autorites/conseil-detat/histoire-du-conseil-detat/> (consulté le 12.8.2011).

³³⁴ Walter (note 64), p. 121.

³³⁵ Rappard (note 214), p. 272-273.

³³⁶ His (note 248), p. 517 ; Rappard (note 214), p. 274 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 179-180.

³³⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un traité de commerce et d'établissement avec la France, FF 1864 II 257-332, 261. Voy. aussi Traités et conventions entre la Confédération suisse et la France (conclus à Paris le 30 juin 1864), FF 1864 II 339-454, 432-434 ; Rapport de la Commission du Conseil national concernant les traités avec la France, FF 1864 II 547-579, 562-569 ; Rapport de la Commission du Conseil des Etats touchant les traités convenus avec la France, FF 1864 II 633-664.

³³⁸ Rappard (note 214), p. 277. Voy. aussi Message du Conseil fédéral aux Conseils législatifs de la Confédération concernant la révision de la Constitution fédérale, FF 1865 III 35-63, 56 ; Rapport de la Commission du Conseil national concernant la révision de la constitution fédérale, FF 1865 III 611-637 ; Rapport de la Commission du Conseil des Etats concernant la révision de la constitution fédérale, FF 1865 III 643-674 ; Loi fédérale sur la révision de la Constitution fédérale, FF 1865 IV 1-5.

d'établissement et d'égalité de traitement³³⁹. La reconnaissance de la liberté de culte et de croyance aux communautés religieuses non-chrétiennes (art. 44) est cependant rejetée par le peuple et les cantons³⁴⁰.

3. L'émergence du Kulturkampf

a. Au niveau fédéral

« La proclamation du dogme de l'infailibilité papale par le Concile du Vatican le 10 juillet 1870 [...] accentu[e], si même elle ne déclench[e] pas, le mouvement connu sous le nom de *Kulturkampf* »³⁴¹. Ce terme trouve son origine dans la persécution dont est victime l'Eglise catholique en Allemagne sous la férule du Chancelier Bismarck, et a été inauguré en janvier 1873 par Rudolf Virchow, chef du parti libéral progressiste allemand³⁴². Ce dernier défend une conception de la culture qui allie laïcité et science – conception novatrice, si l'on envisage que la culture n'était auparavant qu'une prérogative de l'Eglise³⁴³.

Le Conseil fédéral exprime en 1870 dans son message qu'un meilleur moyen de lutter ouvertement contre l'Eglise romaine serait la proclamation de la liberté religieuse³⁴⁴. Aussi « face au raidissement catholique, le Conseil fédéral propos[e] d'élargir les droits fondamentaux et de placer la Confédération "au-dessus des communautés et des dénominations

³³⁹ Zuber Valentine, Histoire comparée de la laïcité en France et à Genève (XIX^e-XXI^e siècles) : de la Séparation aux nouvelles formes de reconnaissance, in Grandjean Michel, Scholl Sarah (éd.), L'Etat sans confession. La laïcité à Genève (1907) et dans les contextes suisse et français, Genève 2010, p. 171-196, 183 ; Gardaz (note 140), p. 27 ; Fleiner, Giacometti (note 329), p. 311. Pour le texte révisé, voy. Kaiser, Strickler (note 132), p. 303-304.

³⁴⁰ Gardaz (note 140), p. 38 ; Kley, Tophinke (note 141), p. 94 ; Bridel (note 183), p. 68 ; Martin (note 93), p. 273-274 ; Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 213, § 440 ; Aubert (note 135), p. 32 ; Häfelin (note 313), p. 8 ; Grisel (note 254), p. 188. Voy. aussi Etat sommaire de la votation fédérale du 14 janvier 1866 sur la révision de la constitution fédérale, FF 1866 I 101 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la constitution fédérale, FF 1866 I 117-126.

³⁴¹ Rappard (note 214), p. 280. Voy. également Gardaz (note 140), p. 38-39 ; Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 213, § 441 ; Fleiner, Giacometti (note 329), p. 312.

³⁴² Conzemius (note 255), p. 297-298. Voy. aussi Becker Winfried, Kulturkampf als europäisches und als deutsches Phänomen, Historisches Jahrbuch, vol. 101, 1981, p. 422-466, 444.

³⁴³ Conzemius (note 255), p. 298.

³⁴⁴ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la Constitution fédérale, FF 1870 II 777-817, 802 ; His (note 248), p. 544.

religieuses" »³⁴⁵. Les débats parlementaires sont orientés vers deux thèmes principaux : « [l]a protection du citoyen contre les empiètements de l'Eglise et le devoir de l'Etat de se poser en défenseur de la liberté individuelle »³⁴⁶. Les commissions parlementaires imprégnées de ce sentiment anticlérical procèdent en conséquence à l'adjonction de dispositions empreintes d'anticatholicisme dans le projet de révision totale de la Constitution fédérale³⁴⁷. Le texte arrêté le 5 mars 1872 comprend certaines normes allant à l'encontre de l'Eglise romaine, telles que la laïcisation de l'école, l'interdiction faite aux jésuites de prêcher et d'enseigner et la garantie de la liberté de croyance³⁴⁸. Cette tentative de révision avorte devant l'opposition conjointe des fédéralistes romands et des conservateurs catholiques le 12 mai 1872³⁴⁹.

Par ailleurs, le Conseil fédéral, blessé par les accusations graves et répétées proférées à l'encontre des autorités suisses dans l'encyclique papale *Etsi multa luctuosa* du 21 novembre 1873, décide par note du 12 décembre 1873 l'abrogation de la nonciature papale en Suisse et la rupture des relations diplomatiques avec le Saint-Siège^{350, 351}.

³⁴⁵ Grisel (note 254), p. 189 qui cite le Message du 4 juillet 1873, FF 1873 II 910ss.

³⁴⁶ Gardaz (note 140), p. 39.

³⁴⁷ Ruffieux (note 300), p. 626.

³⁴⁸ Aubert (note 151), p. 38.

³⁴⁹ Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale touchant la votation du 12 mai 1872 sur la Constitution fédérale révisée, FF 1872 II 361-370 ; Arrêté fédéral concernant le résultat de la votation sur le projet de Constitution fédérale révisée du 5 mars 1872, FF 1872 II 371-372. Vischer, Schenker, Dellsperger (note 13), p. 218 ; Rappard (note 214), p. 272 ; Ruffieux (note 300), p. 627 ; Criblez Lucien, L'article sur la formation dans la Constitution de 1874, in Hofstetter Rita, Magnin Charles, Criblez Lucien, Jenzer Carlo (éd.), Une école pour la démocratie : naissance et développement de l'école publique en Suisse au 19^{ème} siècle, Berne 1999, p. 263-286, 266.

³⁵⁰ His (note 248), p. 837 et 843 ; Salis Louis Rudolf von, Le droit fédéral suisse : jurisprudence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droit public et administratif depuis le 29 mai 1874, vol. III, Berne 1905, p. 157 et ss ; Gavard (note 106), p. 25 ; Ruffieux (note 300), p. 629 ; Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 213, § 441 ; Pahud de Mortanges (note 13), p. 180 ; Fleiner, Giacometti (note 329), p. 313.

³⁵¹ Ce n'est qu'en 1920 que les relations entre la Confédération helvétique et le Saint-Siège seront rétablies. Voy *infra* VII. D.

b. *Au niveau cantonal*

De manière générale, il sied de relever que la sécularisation des couvents et la confiscation de leurs biens sont davantage motivées par des considérations d'ordre économique qu'idéologique³⁵².

L'animosité à l'égard de l'Eglise catholique se ressent dans divers cantons. Le canton de Genève adopte des lois anticléricales : la loi du 3 février 1872 contre les communautés religieuses ; la loi ecclésiastique du 19 février 1873 interdisant notamment la création d'un diocèse et, après la révision totale de 1874, la loi du 28 août 1875 sur le culte extérieur³⁵³. Dans d'autres cantons, l'inimitié se manifeste à travers l'adoption de mesures qui ont trait à l'enseignement public. Le canton de Soleure décide d'interdire par exemple l'usage des ouvrages scolaires qui enseignent le dogme de l'infailibilité³⁵⁴. Saint-Gall en fait de même le 19 août 1873³⁵⁵. Le canton de Berne interdit la publication du dogme de l'infailibilité pontificale³⁵⁶.

L'opposition à l'Eglise catholique romaine débouche dans les cantons libéraux sur un schisme au sein de l'Eglise catholique elle-même. Cette communauté catholique indépendante, soustraite à la juridiction papale, prendra en 1876 la dénomination d'Eglise catholique-chrétienne ou vieille-catholique³⁵⁷.

VI. La révision totale de 1874

L'échec de la tentative de mai 1872 ne décourage pas les révisionnistes qui deux ans plus tard, en 1874, proposent un autre texte moins centralisateur que le précédent mais qui contient deux vexations supplémentaires pour les catholiques : l'interdiction d'implanter de nouveaux ordres religieux ou couvents, ainsi que l'exigence d'une autorisation fédérale préalable pour la création des évêchés³⁵⁸.

³⁵² Conzemius (note 255), p. 317.

³⁵³ ATF 108 Ia 41, cons. 2b *Rivara*. Voy. aussi Büchi Albert, *Le Kulturkampf en Suisse*, in *Dictionnaire historique et biographique de la Suisse*, Neuchâtel 1928, vol. IV, p. 408-410. De manière générale, sur le *Kulturkampf* à Genève, voy. Salamin Michel, *Documents d'histoire suisse*, vol. V : 1848-1968, Sierre 1970, p. 44-47.

³⁵⁴ His (note 248), p. 835.

³⁵⁵ *Id.*, p. 837.

³⁵⁶ Salamin (note 353), p. 47-51.

³⁵⁷ Pahud de Mortanges (note 13), p. 180 ; Fleiner, Giacometti (note 329), p. 313.

³⁵⁸ Ruffieux (note 300), p. 627 ; Bellanger (note 277), p. 18.

Le contexte nous rappelle que l'adoption de cette Constitution se passe en plein *Kulturkampf*, opposant les libéraux radicaux partisans d'un Etat laïque à l'Eglise catholique romaine qui rejette l'esprit des Lumières ainsi que le libéralisme et le radicalisme. En d'autres termes, il s'agit d'une lutte entre l'Eglise romaine et les tenants du pouvoir séculier³⁵⁹. La sauvegarde de la paix confessionnelle est au centre des préoccupations, ce qui explique les restrictions apportées à la liberté religieuse par le biais de l'introduction des articles confessionnels ou anticléricaux³⁶⁰. Autrement dit, des dispositions tendant à une certaine laïcité voient le jour. A titre d'exemples : la direction de l'école primaire doit être confiée aux autorités civiles ; l'école publique ne peut avoir un caractère confessionnel exclusif ; la fondation de nouveaux couvents est interdite, comme le rétablissement d'anciens couvents disparus ; l'état civil est laïcisé, ainsi que les cimetières ; enfin, les ecclésiastiques ne peuvent siéger au Conseil national³⁶¹.

La révision totale de la Constitution de 1874 conduit néanmoins à un élargissement du catalogue des libertés individuelles. En sus des libertés reprises de la Constitution de 1848 qui sont jugées insuffisamment protégées à l'échelon cantonal³⁶², deux nouvelles libertés prennent place au sein de la Charte fédérale : la liberté de conscience et de croyance, sans aucune distinction entre les religions³⁶³ et la liberté du commerce et de l'industrie³⁶⁴. La consécration fédérale de ces droits fondamentaux mène à une limitation des compétences cantonales en ces domaines et participe en même temps à une extension de la liberté individuelle³⁶⁵.

L'art. 89 al 2 aCst. féd., repris à l'art. 141 Cst. féd., prévoit que huit cantons peuvent demander un référendum facultatif. Cette disposition est également une relique du *Sonderbund*. Le constituant fédéral, en fixant cette exigence à huit cantons, désire s'assurer que les sept cantons rebelles ne puissent pas freiner à eux seuls la procédure législative³⁶⁶.

³⁵⁹ Grisel (note 254), p. 189.

³⁶⁰ Voy. les art. 49, 50, 51, 52, 54, 58 al. 2 aCst. féd. ; Rappard (note 214), p. 289 ; Häfelin (note 313), p. 6 ; Walter (note 64), p. 114. Sur l'origine des articles 49 et 50 aCst. féd., voy. Aubert (note 26), p. 722-728, n° 2044-2065 ; Favre (note 149), p. 287-297 ; Fleiner, Giacometti (note 329), p. 314-315.

³⁶¹ Bouquet (note 16), p. 86.

³⁶² Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 34, § 71.

³⁶³ ATF 116 Ia 252 = JT 1992 I 5, cons. 5 c) *Comune di Cadro* ; Favre (note 149), p. 274.

³⁶⁴ Martenet (note 181), p. 188 ; Aubert (note 26), p. 51, n° 121.

³⁶⁵ Rappard (note 214), p. 288.

³⁶⁶ Grisel Etienne, Art. 89 al. 2, in Aubert Jean-François, Eichenberger Kurt et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Zurich 1987-1996, p. 10, § 26.

Force est de constater que malgré les dissensions religieuses apparues lors du mouvement de la Réforme, l'unité suisse perdure³⁶⁷, ce qui fait dire à Pellegrino Rossi que nous sommes face à une « unité avec la variété »³⁶⁸. Afin de se conformer à cette diversité, le constituant de 1874 préfère maintenir l'organisation ecclésiastique dans le giron des compétences cantonales³⁶⁹, tout en la soumettant au respect des prescriptions fédérales notamment en matière de liberté religieuse³⁷⁰.

A. La liberté de conscience et de croyance (art. 49)

Pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle de l'Etat fédéral, la liberté de conscience et de croyance est expressément garantie, après qu'elle fut négligée en 1848 et rejetée en 1866 lors de la révision constitutionnelle partielle. Cette inscription répond au souci d'assurer la paix confessionnelle en cette période où les tensions religieuses sont encore vives³⁷¹. L'art. 49 aCst. féd. énonce que la liberté de conscience et de croyance est inviolable. Cet ancrage rencontre l'assentiment des laïcistes, puisque cette liberté se comprend comme « libératrice des anciennes contraintes »³⁷². Son insertion dans notre texte fondamental ne doit pourtant pas nous faire oublier l'hostilité envers l'Eglise catholique véhiculée par ce texte³⁷³. « Pendant de longues décennies, la liberté formelle de la liberté religieuse a tempéré à grande peine [*sic* !] le caractère fortement anticlérical de la Constitution »³⁷⁴. En effet, le constituant fédéral vise davantage à affaiblir les religions instituées et plus particulièrement la confession catholique qu'à protéger les croyants³⁷⁵.

Une disposition similaire à l'art. 49 aCst. féd. est alors comprise dans quelques constitutions cantonales, telles celles de Zurich, Bâle-Ville et Thurgovie³⁷⁶. Aussi, contrairement à la Constitution de 1848, la liberté de

³⁶⁷ Rossi (note 1), p. 4.

³⁶⁸ *Id.*, p. 5.

³⁶⁹ Gardaz (note 140), p. 23.

³⁷⁰ Voy. e.g. l'octroi de la garantie fédérale à des dispositions constitutionnelles cantonales à la condition qu'elles respectent les art. 49, 50 et 53 aCst. féd. FF 1906 VI 5 (art. 2 Cst/VS) ; 1968 II 205 (art. 1 Cst/TI).

³⁷¹ Aubert Jean-François, Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 19 avril 1999, Zurich 2003, p. 139.

³⁷² Ruffieux (note 300), p. 627.

³⁷³ Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 213, § 441 ; Aubert (note 26), p. 46, n° 106 et p. 49, n° 113.

³⁷⁴ Auer Andreas, L'interdiction cantonale des cimetières particuliers et des carrés confessionnels à la lumière de la Constitution fédérale, RDAF 2003 I 161-199, 173.

³⁷⁵ *Id.*, p. 173 ; Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, vol. II, Neuchâtel 1967, no 2013.

³⁷⁶ His (note 248), p. 544.

conscience et de croyance n'est plus réservée aux seuls chrétiens³⁷⁷. Les mêmes droits sont conférés aux croyants et aux athées³⁷⁸. Par conséquent, « on est libre d'avoir ou de ne pas avoir de croyances religieuses. Mais cette disposition ne doit pas être interprétée dans un sens hostile à la religion »³⁷⁹. La protection de ces droits incombe toutefois aux autorités politiques³⁸⁰. Ce n'est qu'en 1893 que cette compétence sera transférée au Tribunal fédéral³⁸¹. La présence d'une garantie judiciaire indépendante est nécessaire pour assurer l'effectivité de tels droits sans pour autant être suffisante. Le respect de la séparation des pouvoirs entre les divers organes étatiques se révèle également primordial pour une concrétisation matérielle de ces droits constitutionnels³⁸². Au premier chef, il incombera au Tribunal fédéral de dessiner les contours de la liberté religieuse au cours du XX^{ème} siècle.

Malgré la garantie constitutionnelle, les mormons³⁸³ ne se voient toujours pas protégés par les art. 49 et 50 de la Constitution de 1874 ; car la doctrine mormone, en plus d'être incompatible avec l'ordre public suisse, se trouve également être contraire à la notion de moralité telle qu'elle est acceptée en Suisse. À ce titre, la communauté mormone ne bénéficie pas de la protection des bases constitutionnelles précitées³⁸⁴. Notre sentiment de dégoût à l'égard de la polygamie, pratiquée par les mormons, alors qu'elle semble aussi être présente chez les musulmans, hindous et Chinois, s'expliquerait du fait que les mormons sont blancs, parlent anglais et se disent chrétiens³⁸⁵.

L'expression *liberté de conscience* aurait été préférée à celle de *liberté religieuse* pour souligner la possibilité de l'individu de choisir sa foi ou de ne pas en choisir³⁸⁶. De plus, le constituant de 1874 ne souhaite pas faire de

³⁷⁷ Bridel (note 183), p. 71.

³⁷⁸ *Id.*, p. 106.

³⁷⁹ Boissier (note 207), p. 18.

³⁸⁰ Loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale du 27 juin 1874, ROLF 1874-75, p. 117.

³⁸¹ Loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 22 mars 1893, ROLF 1893, p. 457. Voy. aussi Gardaz (note 140), p. 22.

³⁸² Fazy (note 236), p. 343.

³⁸³ Le nom officiel de l'Eglise à laquelle appartiennent les mormons est l'Eglise de Jésus-Christ des saints des derniers jours. Elle a été fondée en 1830 dans l'Etat de New York aux Etats-Unis. Il s'agit d'une Eglise chrétienne révélée par l'intermédiaire d'un prophète moderne, Joseph Smith. Cette Eglise affirme que Jésus et certaines tribus d'Israël auraient émigré en Amérique.

³⁸⁴ Salis (note 350), p. 5-8 ; Burckhardt Walther, *Schweizerisches Bundesrecht : staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903*, vol. II, Frauenfeld 1930, p. 194 ; Häfelin (note 313), p. 49, § 138 avec références citées en notes 376 et 377.

³⁸⁵ Mill John Stuart, *De la liberté*, Paris 1990, p. 203-204.

³⁸⁶ Clerc (note 23), p. 12.

distinction entre la croyance et la conscience³⁸⁷. Cette liberté, lorsqu'elle a été instituée dans le droit positif, « voulait surtout protéger l'hétérodoxe, le protestant et l'incroyant contre les autorités des cantons catholiques »³⁸⁸.

L'art. 49 al. 3 aCst. féd. concerne la majorité religieuse. Conformément aux principes déjà évoqués, la personne exerçant l'autorité paternelle³⁸⁹ ou tutélaire a le droit de disposer de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans révolus. Selon cette terminologie, le constituant vise la volonté d'une seule personne, raison pour laquelle la mère ne peut intervenir de manière décisive dans l'éducation religieuse des enfants, à moins d'être investie de l'autorité paternelle ou tutélaire. Il appartient au droit cantonal de trancher l'attribution de cette autorité³⁹⁰. Cet alinéa, en conférant la titularité de la liberté religieuse des enfants à leurs parents, enracine une double titularité³⁹¹. Cette approche paternaliste se justifie entre autres par l'absence de raison et de volonté propre imputée à l'enfant³⁹².

L'alinéa 4 portant sur l'exercice des droits civils et politiques ne saurait être restreint pour des motifs de nature ecclésiastique, affichant en cela la volonté claire du constituant de maintenir séparées les sphères civile et religieuse.

L'alinéa 5 institue une limitation à l'exercice de la liberté de conscience et de croyance dans son aspect extérieur, car il interdit à quiconque de s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique, pour cause d'opinion religieuse. L'obligation de fréquenter l'école, prévue à l'art. 27 al. 2 aCst. féd., fait notamment partie de ces devoirs civiques³⁹³.

³⁸⁷ Hafner Felix, Glaubens- und Gewissenfreiheit, in Thürer Daniel, Aubert Jean-François, Müller Jörg Paul (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 707-719, 712 ; Karlen Peter, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zurich 1988, p. 142 ; Häfelin (note 313), p. 8, § 10.

³⁸⁸ Aubert (note 151), p. 42.

³⁸⁹ Le code civil suisse n'employait pas l'expression d'autorité paternelle dans son ancien art. 277, mais parlait déjà de l'autorité parentale, terminologie reprise à l'art. 303 al. 1 CC qui prévoit que les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant. Voy. His (note 248), p. 548.

³⁹⁰ Salis (note 350), p. 62.

³⁹¹ Voy. Müller Jörg Paul, Introduction aux droits fondamentaux, in Aubert Jean-François, Eichenberger Kurt et al. (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Zurich 1987-1996, p. 29, § 98 ; Häfelin (note 313), § 115-116 ; Karlen (note 387), p. 254ss ; ATF 119 Ia, 178, 181 = JT 1995 I 290, 293. Cette double titularité existe toujours mais repose désormais sur l'art. 303 al. 1 CC. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 158-159.

³⁹² Rawls John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Londres 1971, p. 249-250.

³⁹³ His (note 248), p. 550 et références citées en note 67.

L'alinéa 6 traite quant à lui de l'impôt ecclésiastique. Il protège la liberté religieuse considérée de manière négative, autrement dit nul n'est tenu de payer un impôt qui sera affecté à des activités culturelles d'une communauté religieuse autre que la sienne.

B. La liberté de conscience et de croyance dans le cadre de l'instruction publique (art. 27 al. 3)

A teneur de l'art. 27 al. 2 aCst. féd., les cantons pourvoient à l'instruction primaire, qui doit être suffisante et placée exclusivement sous la direction de l'autorité civile³⁹⁴. Elle devient obligatoire pour remédier à la faible fréquentation des écoles et pour favoriser l'émergence d'une communauté politique composée de citoyens suffisamment éduqués pour remplir leurs droits civiques³⁹⁵. « Seul un Souverain instruit peut prendre, en matière politique, des décisions adéquates »³⁹⁶. Dans les écoles publiques, l'instruction est de surcroît gratuite. Cette gratuité représente une charge financière importante pour les cantons qui ont encore un système d'instruction rudimentaire. Le caractère obligatoire de l'école, figurant explicitement à l'art. 27 al. 2, 2^{ème} phr. aCst. féd., n'est pas une nouveauté ; dès le milieu du XIX^{ème} siècle, la majorité des cantons le connaissent, sans pour autant connaître une uniformité pour ce qui est de la durée et du début des périodes scolaires³⁹⁷. Les cantons demeurent cependant libres de définir la durée de l'enseignement obligatoire, et ce, dans les limites d'un « enseignement suffisant ». Le canton de Genève a attendu la loi sur l'instruction publique de 1872 pour rendre l'école obligatoire pour les élèves de 6 à 13 ans³⁹⁸.

La disposition prévoit, sans pour autant garantir aux écoles privées la liberté d'enseignement, l'existence, dans les cantons, d'écoles publiques et privées, ainsi que la possibilité d'un enseignement privé en dehors d'une école³⁹⁹. Le membre de phrase « sous la direction » signifie que l'Etat exerce

³⁹⁴ Il s'agit d'une nouveauté dans la mesure où la Constitution de 1848 demeurait silencieuse sur la question de l'enseignement primaire. Maerki Hildegard, *Das Prinzip des obligatorischen unentgeltlichen und genügenden Primarunterrichts gemäss Artikel 27 der schweizerischen Bundesverfassung*, Wimmis 1947, p. 11 ; Criblez (note 348), p. 263-264 et 271.

³⁹⁵ Criblez (note 349), p. 274.

³⁹⁶ *Id.*, p. 275.

³⁹⁷ His (note 248), p. 1029-1030.

³⁹⁸ Binz (note 43), p. 63.

³⁹⁹ Salis Louis Rudolf von, *Le droit fédéral suisse : jurisprudence du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droit public et administratif depuis le 29 mai 1874*, vol. V, Berne 1907, p. 647 ; Gardaz (note 140), p. 48.

une sorte de droit de contrôle sur les écoles primaires aussi bien publiques que privées⁴⁰⁰. A teneur de cette base constitutionnelle, les écoles publiques confessionnelles ne sont plus admissibles, seuls les établissements privés le demeurent⁴⁰¹.

La pilule est d'autant plus amère à avaler pour les cantons catholiques qu'elle se double d'une charge morale à savoir la laïcisation de l'école primaire (art. 27 al. 2 et 3 aCst. féd.). Celle-ci découle des conflits du *Kulturkampf* qui a engendré diverses dispositions constitutionnelles, en sus de celles dirigées principalement contre l'Eglise catholique⁴⁰², qui tendent à une laïcisation d'autres domaines, tels que l'état civil (art. 53, al. 1), les cimetières (art. 53, al. 2), le mariage (art. 54, al. 2) et l'abolition de la juridiction ecclésiastique (art. 58, al. 2)⁴⁰³.

L'inéligibilité des ecclésiastiques au Conseil national est reprise de la Constitution de 1848 pour être ancrée à l'art. 75 de la Constitution de 1874 et ne sera abrogée qu'avec la révision constitutionnelle de 1999⁴⁰⁴. Autrement dit, la Confédération lie une conséquence civile à l'état religieux de la personne⁴⁰⁵. Cette discrimination vise plus spécifiquement les catholiques qui ne peuvent se retirer temporairement de leur fonction ecclésiastique à la différence des prêtres protestants⁴⁰⁶.

La liberté d'établissement n'est pas étrangère à la neutralisation confessionnelle des écoles publiques ; elle conduit aussi la population helvétique à faire de plus en plus preuve de mobilité afin de pouvoir trouver un établissement scolaire public respectueux de ses convictions religieuses⁴⁰⁷.

La liberté de conscience et de croyance, consacrée à l'art. 49 aCst. féd. définit à son alinéa 2 la liberté de conscience et de croyance de manière négative. Cette norme énonce entre autres que nul ne peut être contraint de suivre un enseignement religieux. Les cantons peuvent néanmoins continuer de prévoir dans le programme scolaire un enseignement religieux, pour autant qu'il soit facultatif, ou alors un enseignement d'histoire des religions sans que celui-ci ne soit influencé par une confession quelconque⁴⁰⁸. L'art. 27 al. 3 aCst. féd. en est le pendant : il garantit la liberté religieuse des élèves au sein

⁴⁰⁰ His (note 248), p. 619.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 1022.

⁴⁰² Cf. art. 50 al.3 et 4, 51 et 52 aCst.

⁴⁰³ Häfelin (note 317), p. 3, § 5 ; Bellanger (note 277), p. 13.

⁴⁰⁴ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 378-379.

⁴⁰⁵ Gardaz (note 140), p. 47.

⁴⁰⁶ Kley (note 142), p. 14-15.

⁴⁰⁷ Criblez (note 349), p. 267 et 270.

⁴⁰⁸ His (note 248), p. 547.

des établissements d'instruction publique, dans la mesure où les écoles publiques doivent pouvoir être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience et de croyance. Ceci réduit d'autant la liberté des cantons, puisqu'une tutelle leur est imposée en matière d'instruction primaire publique. Cette disposition souligne l'importance que la majorité des cantons attribuent à cette liberté individuelle, ceux-ci étant plus attachés à la liberté de conscience et de croyance dans le cadre de l'instruction publique que les cantons catholiques, à qui s'adresse au premier chef cette injonction⁴⁰⁹.

Précisons encore que l'art. 27 al. 3 aCst. féd. vise l'enseignement et non la personne qui le dispense⁴¹⁰. Les personnes appartenant à un ordre religieux ne sont point exclues de manière générale de la carrière de l'enseignement dans les écoles publiques⁴¹¹. Cette règle s'applique à toutes les institutions d'enseignement public à teneur d'une décision du Conseil fédéral qui date de 1877 et dont un avis de la Division de la justice du 14 janvier 1950 en rappelle le contenu⁴¹².

Nous pouvons à juste titre parler d'une souveraineté restreinte des cantons en matière d'instruction publique en raison des prescriptions générales que contient l'art. 27 aCst. féd.⁴¹³. Celle-ci s'accompagne d'une certaine laïcisation de l'enseignement. L'influence de l'Eglise se limite désormais à l'enseignement religieux qui demeure dispensé par des ecclésiastiques⁴¹⁴.

C. Les articles confessionnels (art. 50-52)

La Constitution de 1874 se révèle moins libérale que celle de 1848, dans la mesure où la liberté des cultes est davantage limitée. Cette liberté, ancrée à l'art. 50 aCst. féd., est certes garantie à toutes les communautés religieuses⁴¹⁵, ce qui explique notamment l'introduction de la réserve relative à l'ordre

⁴⁰⁹ Rappard (note 214), p. 289.

⁴¹⁰ Salis (note 399), p. 633.

⁴¹¹ Farquet (note 282), p. 71 ; Salis (note 399), p. 646 ; FF 1880 I 424.

⁴¹² Voy. le recours d'habitants de la commune d'Arth (Schwyz) « contre une décision de l'assemblée paroissiale de cette localité, ayant pour but de réunir les postes d'instituteur de l'école secondaire d'Arth à un bénéfice ecclésiastique ». Le Conseil fédéral a déclaré ce recours non fondé. FF 1878 II 84. Reproduit in *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération* (J.A.A.) 19/20 (1948/1950), n° 67, p. 147.

⁴¹³ Salis (note 399), p. 593 ; Bridel (note 183), p. 73.

⁴¹⁴ His (note 248), p. 1021-1022.

⁴¹⁵ Häfelin (note 317), p. 2, § 3 ; His (note 248), p. 539.

public et aux bonnes mœurs⁴¹⁶. Les diverses confessions peuvent former des associations cultuelles privées, mais ne peuvent sur cette base bénéficier d'un statut de droit public⁴¹⁷. Il n'en demeure pas moins que diverses dispositions anticatholiques figurent dans cette charte : l'interdiction des jésuites (art. 51), bannis aussi bien de l'église que de l'école⁴¹⁸ ; l'interdiction de la fondation de nouveaux ordres et couvents (art. 52) ; ainsi que la soumission à l'approbation de l'autorité fédérale de la création d'évêchés sur le territoire suisse (art. 50 al. 4)⁴¹⁹. Ces bases constitutionnelles, représentant des restrictions à la liberté de manifester sa religion, ont reçu la dénomination d'« articles confessionnels » ou d'« articles d'exception »⁴²⁰. La présence de dispositions conduisant à un traitement discriminatoire fondé sur la religion dans la Constitution de 1848 révèle que la notion d'« articles confessionnels » n'est pas nouvelle⁴²¹. Ces articles d'exception de la Constitution de 1874 se seront révélés dans les faits être davantage des « chicanes marginales »⁴²² que de véritables obstacles à l'exercice de la liberté des cultes, le recours à ces normes s'étant avéré en pratique relativement modeste voire inexistant⁴²³.

VII. De 1874 à 1999

La population suisse se compose, selon le recensement fédéral du 1^{er} décembre 1888, de 2'917'740 habitants⁴²⁴. Le paysage religieux, fortement chrétien, se découpe comme suit : 1'189'662 catholiques, 1'724'869 protestants, 18'384 israélites et 10'697 personnes appartenant à d'autres religions⁴²⁵.

Dans ce cadre d'Etat laïcisé, ou plus exactement de neutralité confessionnelle, et de société encore fortement empreinte par le christianisme, nous allons parcourir le chemin de la liberté religieuse de 1874 jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle et l'adoption de la nouvelle Constitution qui nous gouverne à

⁴¹⁶ Häfelin (note 317), p. 3, § 7.

⁴¹⁷ His (note 248), p. 924.

⁴¹⁸ Grisel (note 254), p. 189 ; Boissier (note 207), p. 19.

⁴¹⁹ Bridel (note 183), p. 72.

⁴²⁰ Aubert (note 135), p. 43.

⁴²¹ Bellanger François, Le statut des minorités religieuses en Suisse, Archives de Sciences sociales des religions, 2003, 121, p. 87-99, 91.

⁴²² Ossipow William, La double logique des relations Eglise/Etat en Suisse : une perspective de théorie politique, Archives de Sciences sociales des religions, 2003, 121, p. 41-56, 44.

⁴²³ Bellanger (note 421), p. 91 ; Favre (note 149), p. 294.

⁴²⁴ Ottiwell Adams, Cunningham (note 17), p. 310.

⁴²⁵ *Id.*, p. 194 et 312.

l'heure actuelle. Cet itinéraire empruntera d'abord le chemin de la liberté religieuse *per se* avant de nous conduire dans le domaine scolaire où cette liberté a connu et continue de rencontrer certaines oppositions.

La liberté religieuse connaît d'importants développements au cours de ces 125 années. Tout d'abord, sa réalisation judiciaire sera transférée du Conseil fédéral au Tribunal fédéral. En deuxième lieu, nous aborderons l'initiative populaire relative à l'abattage rituel. Puis, les questions se rapportant d'une part à l'abrogation des articles confessionnels et d'autre part, aux projets de séparation de l'Eglise et de l'Etat. Enfin, nous dresserons un succinct inventaire des contours donnés par la jurisprudence à cette liberté « vivante »⁴²⁶ dont la rédaction lapidaire, caractéristique des droits fondamentaux, appelle une nécessaire concrétisation prétorienne⁴²⁷. Le corolaire de l'imprécision de ces normes est la nécessaire marge d'appréciation dont jouissent les juridictions locales, ou nationales quand ces droits sont consacrés par des instruments internationaux, lors de leur interprétation⁴²⁸.

A. Son application par le juge constitutionnel

Avec le recours de droit public, la liberté religieuse n'aura pas à attendre longtemps pour trouver application aux yeux du juge constitutionnel, puisque déjà en 1874, un arrêt porte sur la liberté religieuse⁴²⁹. Le juge constitutionnel est alors le Conseil fédéral, car la première loi d'application de 1874 limite la portée du principe disposant que la juridiction constitutionnelle est du ressort du Tribunal fédéral. En effet, à teneur de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 27 juin 1874, le Conseil fédéral est compétent pour juger des griefs, tels que la violation de la liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté d'établissement, de la liberté de conscience et de croyance et des droits

⁴²⁶ Le terme se réfère à la jurisprudence strasbourgeoise qui parle de la CEDH comme d'un instrument vivant, et qui souligne l'importance contextuelle et la constante évolution des droits de l'homme. Voy. *e.g.* ACEDH *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009, § 53 ; GACEDH *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 136 ; GACEDH *Vo c. France* du 8 juillet 2004, § 82 ; ACEDH *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 41.

⁴²⁷ Hottelier Michel, Genève - Strasbourg, via Lausanne - retour : réflexions sur le dialogue des juges cantonaux, fédéraux et européens, in *Le dialogue des juges*, Paris 2009, p. 563-580, 574.

⁴²⁸ Delmas-Marty Mireille, Mondialisation et montée en puissance des juges, in *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles 2007, p. 95-114, 98.

⁴²⁹ ATF 1 80 *Protestants de Promasens*.

politiques⁴³⁰. En 1893, la compétence de connaître des différends, qui portent sur la liberté de conscience et de croyance, passe dans le ressort des juges, bien que la juridiction constitutionnelle du Conseil fédéral s'exerce encore sur la neutralité confessionnelle de l'instruction primaire publique et sur les recours relatifs à l'interdiction des jésuites⁴³¹.

Il est intéressant de relever que le juge constitutionnel a conféré en premier lieu à la liberté de conscience et de croyance un effet horizontal⁴³². La garantie de la paix religieuse, en tant que garantie institutionnelle, a aussi joué un rôle non négligeable dans l'application de cette liberté dans les rapports interindividuels⁴³³.

Sous l'angle des obligations positives, l'Etat s'est également immiscé dans les relations entre particuliers pour permettre la réalisation effective de cette liberté. En ce sens, les communautés religieuses ne peuvent pas contraindre un individu à un acte religieux ni empiéter sur ses droits civils. Cette protection face à des personnes privées résulte du *Kulturkampf*⁴³⁴.

B. L'initiative relative à l'abattage rituel

Le 20 août 1893, l'initiative émanant de milieux antisémites et demandant l'interdiction de l'abattage du bétail selon le mode israélite est acceptée, malgré une faible participation de 49,2% et l'avis négatif des autorités⁴³⁵. En conséquence, la Constitution fédérale comprend un nouvel art. 25 *bis*⁴³⁶. Il s'agit de la première initiative en matière constitutionnelle acceptée⁴³⁷. Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 25 *bis* aCst. féd., les israélites ne peuvent plus se prévaloir de la liberté de culte pour saigner les animaux de boucherie

⁴³⁰ ATF 6 599, 606 *Conseil paroissial de Porrentruy*; Hottelier Michel, Le principe de faveur, arbitre des droits fondamentaux et des droits de l'homme, in Auer Andreas, Flückiger Alexandre, Hottelier Michel (éd.), Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du professeur Giorgio Malinverni, Genève et al. 2007, p. 171-196, 190 ; Auer Andreas, Malinverni Giorgio, Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'Etat, Berne 2006, p. 686-687, § 1931.

⁴³¹ Salis (note 350), p. 1.

⁴³² ATF 4 434. Il s'agit bien d'un arrêt du Tribunal fédéral qui se prononce en l'espèce sur une décision de divorce et estime que le mari n'a pas à contrôler les convictions religieuses de son épouse.

⁴³³ Saladin Peter, Grundrechte im Wandel : die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Berne 1982, p. 316.

⁴³⁴ *Id.*, p. 315. Voy. aussi ATF 20 274ss ; 744ss ; 49 I 138.

⁴³⁵ Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 214, § 442.

⁴³⁶ Voy. Rappard (note 214), p. 308-310.

⁴³⁷ Bouquet (note 16), p. 85.

sans les avoir étourdis préalablement⁴³⁸. Cette interdiction est toujours en vigueur bien qu'elle ne figure plus dans la Constitution, le constituant fédéral l'ayant abrogée en décembre 1973⁴³⁹. Nous retrouvons la trace de cette interdiction dans la loi sur la protection des animaux (art. 21 al. 1 LPA⁴⁴⁰). A noter que le droit international est plus tolérant en la matière : il est ainsi permis de déroger à l'étourdissement préalable des animaux lors d'abattages selon des rites religieux⁴⁴¹.

C. L'abrogation des articles confessionnels

« Il a fallu pas moins d'un siècle pour faire disparaître progressivement de la Constitution fédérale les scories en matière confessionnelle »⁴⁴². En effet, l'abrogation partielle de ces articles d'exception religieux ne survient que le 20 mai 1973 en vue de l'adhésion de la Suisse à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH⁴⁴³)⁴⁴⁴. Cette date marque l'entrée de la Suisse dans une phase d'internationalisation de la protection de la liberté religieuse avec la ratification de deux conventions internationales qui garantissent la liberté religieuse : la CEDH⁴⁴⁵ et le Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)⁴⁴⁶.

L'article 51 aCst. féd., prévoyant l'interdiction des jésuites et des ordres affiliés à ceux-ci ainsi que l'interdiction aux jésuites d'exercer une activité dans une église ou une école, et l'article 52 aCst. féd., énonçant l'interdiction de fonder ou de rétablir des ordres et couvents, sont abrogés en dépit du soutien de la majorité des voix protestantes. L'image d'un catholicisme autoritaire n'a pas encore pleinement disparu⁴⁴⁷. Cette abrogation partielle -

⁴³⁸ Salis (note 350), p. 89.

⁴³⁹ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le résultat de la votation populaire du 2 décembre 1973 (arrêts urgents sur la conjoncture et article sur la protection des animaux), FF 1974 I 295, 301 et 304-305.

⁴⁴⁰ RS 455.

⁴⁴¹ Art. 17 al. 1 de la Convention européenne sur la protection des animaux d'abattage du 10 mai 1979 (RS 0.458).

⁴⁴² Hottelier (note 310), p. 423-424.

⁴⁴³ RS 0.101.

⁴⁴⁴ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le résultat de la votation populaire du 20 mai 1973 relative à l'arrêté fédéral abrogeant les articles de la constitution fédérale sur les jésuites et les couvents (art. 51 et 52) du 22 juin 1973, FF 1973 I 1605-1607. Voy. également Pahud de Mortanges (note 13), p. 191.

⁴⁴⁵ Entrée en vigueur le 29 septembre 1974 pour la Suisse.

⁴⁴⁶ RS 0.103.2. Entré en vigueur le 18 septembre 1992 pour la Suisse.

⁴⁴⁷ Gilg Peter, Hablützel Peter, Une course accélérée vers l'avenir (1945-...), in Andrey Georges et al., Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses, Lausanne 1986, p. 771-912, 858.

dans la mesure où l'art. 50 al. 4 aCst. féd., qui exige l'approbation de la Confédération pour l'érection d'évêchés, n'est pas touché -, votée à une très nette majorité, souligne que la paix confessionnelle n'est alors plus menacée. La suppression de ces dispositions vexatoires n'a pas d'effet tangible car elles sont restées inappliquées durant leur existence⁴⁴⁸.

D. La séparation Eglise-Etat

En 1920, alors que le catholicisme regagne du terrain dans le champ politique, les autorités fédérales décident du rétablissement de la nonciature sur sol helvétique⁴⁴⁹. Un demi-siècle plus tard, un mouvement en faveur de la séparation de l'Eglise et de l'Etat envahit la scène politique, conduisant au lancement en 1973 d'une initiative populaire qui demande la séparation complète de l'Eglise et de l'Etat. Pour les initiants, la seule reconnaissance des Eglises nationales constitue « une discrimination des minorités religieuses et des personnes sans confession »⁴⁵⁰. Soumise au vote du peuple et des cantons le 2 mars 1980, elle est largement rejetée : elle ne récolte que 21,1% de suffrages favorables, et l'ensemble des cantons se prononcent en défaveur de cette modification constitutionnelle⁴⁵¹. Le Conseil fédéral lui-même s'y est opposé en insistant d'une part sur le fait que les législations cantonales sur les Eglises ne sont pas contraires au principe de l'égalité ni à la liberté de conscience et de croyance, et d'autre part, sur l'atteinte que cette initiative porterait à la structure fédérative de l'Etat⁴⁵². A cette occasion, le Conseil fédéral reconnaît que les cantons sont libres d'instaurer le régime institutionnel qu'ils désirent en matière religieuse et que l'attribution du statut de droit public à certaines Eglises ne viole pas le principe d'égalité⁴⁵³.

Le canton de Zurich a également rencontré des velléités séparatistes dès les années 1970. Deux initiatives cantonales tendant à ancrer cette séparation

⁴⁴⁸ Bellanger (note 277), p. 18.

⁴⁴⁹ Jost Hans-Urich, *Menace et repliement (1914-1945)*, in Andrey Georges et al., *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*, Lausanne 1986, p. 683-770, 711.

⁴⁵⁰ Walter (note 64), p. 125.

⁴⁵¹ Pour le résultat de la votation, FF 1980 II 200. Voy. Campiche Roland J., *La religion visible : pratiques et croyances en Suisse*, Lausanne 2010, p. 53.

⁴⁵² Message du Conseil fédéral sur l'initiative populaire concernant la séparation complète de l'Etat et de l'Eglise du 6 septembre 1978, FF 1978 II 669-702, 693-697. Voy. également Häfelin (note 313), p. 13-14, § 39.

⁴⁵³ Message du Conseil fédéral sur l'initiative populaire concernant la séparation complète de l'Etat et de l'Eglise du 6 septembre 1978, FF 1978 II 669-702, 694.

dans la charte zurichoise ont été rejetées en 1977, puis en 1995⁴⁵⁴. Des propositions allant dans le même sens ont également été formulées dans les cantons de Glaris et de Saint-Gall en 1993, mais sans succès⁴⁵⁵.

Hormis les cantons de Genève (depuis 1907) et Neuchâtel (depuis 1941) qui connaissent une séparation relativement stricte entre l'Eglise et l'Etat suite à la suppression du budget des cultes⁴⁵⁶, tous les cantons reconnaissent un statut de droit public aux communautés religieuses chrétiennes. La diversité des relations entre l'Etat et l'Eglise au sein des cantons s'expliquent tout particulièrement par la différence des conceptions que les religions catholique et réformée ont de l'Eglise⁴⁵⁷. A cet égard, nous distinguons trois catégories principales de cantons⁴⁵⁸ : les cantons traditionnellement réformés évangéliques⁴⁵⁹ possèdent principalement un système d'Eglise d'Etat ; les cantons traditionnellement catholiques romains⁴⁶⁰ confèrent un statut de droit public aux Eglises ; au sein des cantons traditionnellement paritaires⁴⁶¹, les relations entre les Eglises et l'Etat sont plus distendues, ce qui garantit une coexistence harmonieuse⁴⁶². Par ailleurs, les cantons de Bâle-Ville⁴⁶³, Berne⁴⁶⁴, Fribourg⁴⁶⁵ et Saint-Gall⁴⁶⁶ ont accordé explicitement un statut de droit public à la communauté israélite⁴⁶⁷, tandis que le canton de Vaud l'a

⁴⁵⁴ Gilg, Hablützel (note 447), p. 858 ; Rübel Eduard, Kirchengesetz und Kirchenordnung der Zürcher Landeskirche : Einführung und Texte, Kurzkomentar zum Kirchengesetz, Zurich 1983, p. 8 ; Walter (note 64), p. 125.

⁴⁵⁵ Walter (note 64), p. 125.

⁴⁵⁶ *Id.*, p. 104 ; Bellanger (note 277), p. 20-21 ; Favre (note 149), p. 276-278.

⁴⁵⁷ Favre (note 149), p. 274.

⁴⁵⁸ Häfelin (note 313), p. 10 et références en notes ; Hangartner Yvo, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, vol. II : Grundrechte, Zurich 1980-1982, p. 100 ; Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 215-218, § 449-455.

⁴⁵⁹ Zurich, Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Extérieures et Vaud.

⁴⁶⁰ Lucerne, Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald, Zoug, Fribourg, Soleure, Appenzell Rhodes-Intérieures, Tessin et Valais. Voy. Walter (note 64), p. 104.

⁴⁶¹ Glaris, Saint-Gall, Grisons, Argovie et Thurgovie.

⁴⁶² Bellanger François, Le régime administratif des cultes en Suisse, Annuaire Européen d'Administration Publique, vol. XXII (1999), p. 261-288, 276.

⁴⁶³ Art. 126 al. 1 Cst/BS (RS 131.222.1).

⁴⁶⁴ Art. 126 Cst/BE (RS 131.212).

⁴⁶⁵ Sur la base de l'art. 142 al. 2 Cst/FR (RS 131.219), une loi lui a conféré ce statut. Voy. la loi du 3 octobre 1990 portant reconnaissance de la Communauté israélite du canton de Fribourg (RS/FR 193.1).

⁴⁶⁶ Art. 109 al. 1 let. d Cst/SG (RS 131.225).

⁴⁶⁷ Hafner (note 387), p. 717 ; Fischli-Giesser Liz, Die öffentliche-rechtliche Stellung « andere » Religionsgemeinschaften, in Loretan Adrian (éd.), Kirche-Staat im Umbruch. Neuere Entwicklungen im Verhältnis von Kirchen und Religionsgemeinschaften zum Staat, Zurich 1995, p. 161 ; Häfelin (note 313), p. 9 ; Ossipow (note 422), p. 46. Le canton de Zurich reconnaît deux communautés juives

reconnue comme institution d'intérêt public sur la base de l'art. 171 Cst/VD⁴⁶⁸. Cette diversité s'inscrit parfaitement dans l'objectif de la Constitution de 1874, qui, par le biais de son art. 49 al. 2, vise à prévenir le retour à l'unité religieuse⁴⁶⁹. Cette variété de régimes institutionnels relatifs à l'aménagement des relations entre l'Etat et les communautés religieuses est somme toute logique dans un Etat fédéral où cette compétence demeure du ressort des entités fédérées.

E. La liberté religieuse dans le cadre de l'enseignement primaire obligatoire, laïque, gratuit et suffisant

Le principe de neutralité confessionnelle de l'Etat prend toute sa dimension dans le domaine scolaire, puisque les cantons sont tenus « de respecter en matière scolaire les principes de neutralité religieuse (cf. art. 27 al. 3 Cst. [féd.]) et de séparation de l'Eglise et de l'Etat »⁴⁷⁰. L'école est une institution-clé dans l'organisation de l'Etat puisque c'est elle qui forme les futurs citoyens, d'où l'importance d'imposer aux cantons un enseignement primaire obligatoire, laïque, gratuit et suffisant pour parvenir à la pleine réalisation de la liberté religieuse au sein de la société.

Malgré la prescription de laïcité mentionnée dans la Constitution de 1874, le caractère confessionnel des écoles publiques a mis quelque temps avant de disparaître. Un règlement scolaire du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures de 1875 prévoit que le but de l'école demeure l'instruction religieuse morale et civile. De plus, pour exercer la profession d'instituteur dans une école publique, il faut appartenir à la « confession catholique-romaine »⁴⁷¹. Quant à la loi valaisanne sur l'instruction publique du 4 juillet 1962, toujours en vigueur, elle énonce à son article 3, 3^{ème} phr. que l'école valaisanne « s'efforce de développer le sens moral, les facultés intellectuelles et physiques de l'élève, de le préparer à sa tâche de personne humaine et de

sans pour autant leur attribuer le statut de collectivités publiques indépendantes (art. 131 al. 1 Cst/ZH (RS 131.211)).

⁴⁶⁸ Voy. art. 1 de la Loi sur la Communauté israélite de Lausanne et du Canton de Vaud (RS/VD 180.41).

⁴⁶⁹ Gardaz (note 140), p. 61.

⁴⁷⁰ ATF 123 I 296, 304 *Dahlab*.

⁴⁷¹ Arrêté du Conseil fédéral concernant le recours d'un certain nombre d'habitants d'Esgeranden contre les autorités scolaires locales et cantonales, ainsi que contre le gouvernement du canton d'Appenzell Rh.-Int., concernant la destitution de l'instituteur primaire et l'appel d'une sœur enseignante à l'école de la localité, FF 1880 I 399, 402.

chrétien»⁴⁷². Il est douteux que ce genre de dispositions soit conformes au principe de neutralité religieuse⁴⁷³.

Afin de répondre aux exigences constitutionnelles relatives à un enseignement suffisant et à la direction des autorités civiles, il est proposé d'instituer par le biais d'une loi fédérale un organe de contrôle fédéral. En conséquence, « [p]ar un arrêté du 14 janvier 1882, les Chambres fédérales autorisent le Conseil fédéral à nommer un secrétaire fédéral à l'enseignement. C'est contre cette décision qu'un référendum est lancé »⁴⁷⁴. Le projet est rejeté le 26 novembre 1882 par une large majorité du peuple (318'139 contre 172'010 voix) s'accompagnant d'une importante participation populaire, puisque 76,4% du corps électoral fédéral s'est exprimé lors de ce scrutin⁴⁷⁵. Le peuple suisse est fermement opposé à la création d'un poste de secrétaire général à l'instruction primaire : un fonctionnaire mort-né qui est baptisé le *bailli scolaire*. Sa tâche aurait consisté en l'exécution d'un rapport périodique sur l'état de l'enseignement dans les cantons⁴⁷⁶. Nous pouvons voir dans ce rejet massif l'hostilité dont font preuve les cantons à l'encontre de l'accroissement du pouvoir fédéral dans le domaine de l'instruction primaire⁴⁷⁷.

La Suisse demeure un pays très hétérogène, que ce soit en matière de langues, de culture, de religion, de culture politique, de comportements sociaux qui diffèrent entre les régions citadines, rurales, montagnardes ou de plaine⁴⁷⁸. La conséquence de cette votation perdure jusqu'à aujourd'hui : les

⁴⁷² RS/VS 400.1.

⁴⁷³ A cet égard, voy. JAAC 1987 51.7, II 4 et 5. Dans cet arrêt le Conseil fédéral, puis l'Assemblée fédérale ont jugé que la disposition saint-galloise énonçant que « l'école publique s'inspire de principes chrétiens » n'enfreint pas la liberté religieuse en raison de la possibilité de dispense de l'enseignement religieux et qu'une telle législation ne contraint personne à adhérer au christianisme. Il convient toutefois de préciser que cette décision a été rendue avant que le principe de neutralité religieuse ne soit admis par le Tribunal fédéral, voy. ATF 113 Ia 304 = JT 1989 I 268, cons. 4 c) *Nehal Ahmed Syed*. D'un avis favorable à la conformité à la Constitution fédérale, Bellanger (note 277), p. 16.

⁴⁷⁴ Rappard (note 214), p. 321.

⁴⁷⁵ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale au sujet de la votation populaire du 26 novembre 1882 sur l'arrêté fédéral du 14 juin 1882 concernant l'exécution de l'article 27 de la constitution fédérale, FF 1882 IV 629. Voy. également His (note 248), p. 1015. Pour un tableau comparatif des résultats des votations sur la Constitution fédérale de 1872, de 1874 et sur la loi relative au « bailli scolaire » de 1882, voy. Criblez (note 349), p. 280.

⁴⁷⁶ Criblez (note 349), p. 279.

⁴⁷⁷ Rappard (note 214), p. 321.

⁴⁷⁸ His (note 248), p. 1010.

questions du programme, du matériel scolaire et de l'attitude vis-à-vis de l'enseignement religieux demeurent du ressort des cantons.

Au crépuscule du XIX^{ème} siècle, les questions de la gratuité de l'enseignement, du matériel scolaire, d'une aide accrue aux parents dans le besoin, de la prise en charge des enfants pas encore en âge d'aller à l'école primaire et de ceux qui ont quitté l'école, viennent sur le devant de la scène politique⁴⁷⁹. La gratuité de l'enseignement est finalement consacrée dans la Constitution valaisanne de 1907. Il s'agit d'un ancrage constitutionnel tardif étant donné que la loi de 1849 prévoyait déjà cette gratuité⁴⁸⁰. Par contre, la mise à disposition gratuite du matériel scolaire, à savoir la gratuité scolaire et non la gratuité du seul enseignement, n'existe pas encore au début du XX^{ème} siècle en Valais⁴⁸¹. Le canton de Genève instaure la gratuité de l'école publique avec en sus l'apparition de la gratuité du matériel scolaire en 1898. Par ailleurs et préalablement, les cuisines scolaires genevoises sont créées en 1892. L'on peut reconnaître dans ces efforts fournis par les cantons la volonté de renforcer la fréquentation des établissements publics et de concourir par voie de conséquence à la désertion des écoles évangéliques⁴⁸².

Les cantons souhaitent s'arroger le monopole en matière d'enseignement, en tentant d'écarter tout enseignement privé⁴⁸³. A cet égard, le canton de Bâle-Ville, empreint d'une politique antilibérale, décide la suppression de l'école privée confessionnelle catholique par la loi du 5 février 1884⁴⁸⁴. Il n'arriverait pas à « diriger » l'enseignement privé conformément à la nouvelle prescription constitutionnelle et préfère donc le supprimer⁴⁸⁵. Le canton de Zurich prend la même direction en interdisant l'érection d'écoles confessionnelles⁴⁸⁶.

La seule voie qui s'offre dès lors à la Confédération pour améliorer la qualité de l'instruction est de verser des subventions aux cantons⁴⁸⁷. En ce sens est adopté le 23 novembre 1902 l'art. 27 *bis* aCst. féd. qui, suite au refus de la fonction du bailli scolaire, se révèle être la seule mesure à même de rendre effective l'application de l'art. 27 aCst. féd.⁴⁸⁸. L'art. 27 *bis* constitue ainsi « la base de la politique fédérale en matière de subventions à

⁴⁷⁹ *Id.*, p. 1011.

⁴⁸⁰ Farquet (note 282), p. 90.

⁴⁸¹ *Id.*, p. 91.

⁴⁸² Hofstetter (note 66), p. 41-42.

⁴⁸³ His (note 248), p. 1010.

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 1023.

⁴⁸⁵ Martin (note 93), p. 110.

⁴⁸⁶ His (note 248), p. 1023.

⁴⁸⁷ Farquet (note 282), p. 59.

⁴⁸⁸ RO 19 329 ; FF 1901 III 676 ; 1902 III 367 ; IV 569, 571, 615 ; V 782. Voy. aussi Bridel (note 183), p. 74 ; His (note 248), p. 1017.

l'enseignement primaire cantonal»⁴⁸⁹. Une des raisons à l'origine de la subvention est de fournir aux élèves, futurs citoyens, une instruction suffisante. Il s'agit d'une exigence essentielle pour que la démocratie, au sein de laquelle s'inscrit la liberté religieuse, soit effective.

Sur la base de cette disposition constitutionnelle et au détriment des écoles privées⁴⁹⁰, est promulguée la loi fédérale concernant la subvention de l'école primaire le 25 juin 1903⁴⁹¹. Ces subventions fédérales doivent notamment permettre la création de nouvelles places d'instituteurs, la formation du corps enseignant, la gratuité du matériel scolaire ainsi que de venir en aide aux enfants pauvres⁴⁹². Cet article sera abrogé le 10 mars 1985⁴⁹³.

En 1970, la Conférence des directeurs de l'instruction publique élabore le Concordat sur la coordination scolaire. Or, celui-ci ne coordonne en réalité que l'âge d'entrée à l'école et le début de l'année scolaire⁴⁹⁴.

Le 4 mars 1973, le droit à l'instruction échoue dans sa tentative d'intégrer le corpus constitutionnel fédéral. Les cantons, contrairement au peuple, se prononcent majoritairement contre l'inscription d'un tel droit, car ils ne désirent pas conférer aux particuliers une créance envers l'Etat⁴⁹⁵.

F. Les contours donnés par la jurisprudence

La jurisprudence du Tribunal fédéral a défini au cours des dernières décennies de façon plus précise les contours de la liberté religieuse, comprise comme l'union de la liberté de conscience et de croyance et de la liberté des cultes. Nombre d'arrêtés dans des domaines très différents ont permis de façonner cette liberté appelée à jouer un rôle grandissant dans notre société en perpétuelle diversification, et ce, en raison des migrations toujours plus

⁴⁸⁹ Rappard (note 214), p. 321-322. Voy. aussi Martin (note 92), p. 89.

⁴⁹⁰ His (note 248), p. 1017.

⁴⁹¹ Loi fédérale concernant la subvention de l'école primaire publique du 25 juin 1903, FF 1903 III 1063-1066.

⁴⁹² Farquet (note 282), p. 88.

⁴⁹³ RO 1985 658 ; FF 1981 III 705 ; 1984 III 12, 1509, 1510 ; 1985 I 1531.

⁴⁹⁴ Baier Eric, L'émergence du droit « confédéral » de la formation entre 1960 et 2006, Le Temps du 30 mai 2008, p. 18.

⁴⁹⁵ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le résultat de la votation populaire du 4 mars 1973 concernant : I. L'arrêté fédéral modifiant les articles de la constitution sur l'enseignement II. L'arrêté fédéral complétant la constitution par un article sur l'encouragement de la recherche scientifique, FF 1973 I 1155-1159.

lointaines et variées qu'elle rencontre, grâce au progrès des moyens de communication⁴⁹⁶.

La liberté religieuse revêt un double aspect : d'une part, une composante individuelle et d'autre part, une garantie institutionnelle⁴⁹⁷. Le juge doit arbitrer entre ces deux notions qui entrent inéluctablement en conflit.

1. Le principe de neutralité confessionnelle relative

Le Tribunal fédéral a souligné que l'Etat doit faire montre d'une neutralité⁴⁹⁸ religieuse⁴⁹⁹, bien que cette dernière ne puisse être considérée comme absolue⁵⁰⁰. La neutralité de l'Etat signifie une approche d'équidistance et non d'indifférence⁵⁰¹ à l'égard des diverses communautés religieuses⁵⁰². En d'autres termes, la neutralité confessionnelle de l'Etat signifie que ce dernier doit « s'abstenir, dans les actes publics, de toute considération confessionnelle ou religieuse susceptibles de compromettre la liberté des citoyens dans une société pluraliste »⁵⁰³. Il doit se présenter comme agnostique sur « la question des finalités de l'existence humaine »⁵⁰⁴. Les cantons demeurent compétents pour réglementer les rapports entre l'Eglise et l'Etat dans le respect du droit fédéral, c'est-à-dire en se conformant au principe de neutralité confessionnelle relative⁵⁰⁵.

⁴⁹⁶ Vallet Odon, Les religions dans le monde, Paris 2003, p. 9.

⁴⁹⁷ Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 211, § 435 et p. 235, § 495.

⁴⁹⁸ Le terme latin *neuter* signifie ni l'un ni l'autre. Dans une acception stricte, aucune option spirituelle ne saurait être favorisée par les autorités.

⁴⁹⁹ Ce principe ne figure pas *expressis verbis* dans la Constitution fédérale, mais le Tribunal fédéral le déduit directement de la liberté religieuse. ATF 113 Ia 304 = JT 1989 I 268, cons. 4 c) *Nehal Ahmed Syed*.

⁵⁰⁰ ATF 125 I 347, 354 = JT 2001 I 592, cons. 3 a) ; 123 I 296, cons. 4 b) bb) *Dahlab* ; 116 Ia 252 = JT 1992 I 5, cons. 5 a) *Comune di Cadro* ; Bellanger (note 462), p. 275 ; Bellanger (note 277), p. 19 ; Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 233, § 491.

⁵⁰¹ Auer, Malinverni, Hottelier (note 145), p. 233, § 491 ; Tulkens Françoise, The European Convention on Human Rights and Church-State Relations : Pluralism vs. Pluralism, *Cardozo Law Review* 2008-2009, n° 30, p. 2575-2591, 2586.

⁵⁰² Ladeur Karl-Heinz, Augsberg Ino, The Myth of the Neutral State : The relationship between state and religion in the face of new challenges, *German Law Journal* (2007), n° 8, p. 143-152, 143.

⁵⁰³ ATF 123 I 296, cons. 4 b) bb) *Dahlab*.

⁵⁰⁴ Maclure, Taylor (note 4), p. 31.

⁵⁰⁵ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 291. Voy. de manière générale Pahud de Mortanges René (éd.), *Religiöse Neutralität. Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft*, Zurich 2008 ; Rouiller Claude, Le principe de la neutralité confessionnelle relative : réflexions sur la liberté de religion conçue comme un moyen d'intégration, faites à partir du droit d'accomplir les rites funéraires, *PJA* 2003, 8, p. 944-958.

L'exigence de neutralité confessionnelle ne tend pas à instaurer une parfaite égalité entre les différentes communautés religieuses, mais vise à permettre aux citoyens de choisir librement leurs convictions dans une société pluraliste⁵⁰⁶. En ce sens, l'Etat doit faire preuve d'ouverture à l'égard de toutes les convictions religieuses et philosophiques, sans pour autant adopter un comportement dénué de toute inspiration religieuse ou philosophique. Il peut dans une certaine mesure accorder des préférences à certaines communautés religieuses sans enfreindre la liberté religieuse⁵⁰⁷. La neutralité confessionnelle se module en conséquence corrélativement au principe d'égalité de traitement. L'Etat ne doit cependant pas prendre parti pour une confession ou une religion ni s'identifier à l'une d'elles⁵⁰⁸.

A cet égard, le Tribunal fédéral a estimé que le principe de neutralité confessionnelle empêche l'Etat d'apposer des crucifix dans des salles de classe^{509, 510}, de refuser à des détenus musulmans d'organiser une prière commune les vendredis dans un établissement pénitentiaire au motif que le règlement prévoit des cultes protestants et catholiques ouverts à tous les détenus⁵¹¹, de considérer la confession comme le critère déterminant si des enfants germanophones peuvent suivre gratuitement un enseignement dans leur langue maternelle⁵¹² et à des membres de la communauté musulmane d'exiger une sépulture conforme à leur culte⁵¹³. Bien que l'art. 75 et l'inéligibilité des ecclésiastiques au Conseil national demeurent inchangés durant l'existence de la Constitution de 1874, ils ne seront pas repris par la

⁵⁰⁶ ATF 116 Ia 252 = JT 1992 I 5, cons. 5 e) *Comune di Cadro* ; Wyss Martin Philipp, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation : aktuelle Probleme aus der höchststrichterlichen und internationalen Praxis, ZBl 95/1994, p. 385-409, 396-397. Voy. aussi ATF du 2 septembre 1997 *US S.A. et R. c. Tribunal administratif*, RDAF 1998 1^{ère} partie, p. 162, 178-179, cons. 5 c) aa).

⁵⁰⁷ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 158 ; Hafner (note 387), p. 716.

⁵⁰⁸ Hafner (note 387), p. 716 ; Karlen (note 387), p. 172 ; ATF 125 I 347 = JT 2001 I 592, cons. 3 a). Voy. également Maclure, Taylor (note 4), p. 52.

⁵⁰⁹ ATF 116 Ia 252 = JT 1992 I 5 *Comune di Cadro*.

⁵¹⁰ Le crucifix en dehors de la salle de classe, c'est-à-dire dans les couloirs ou à la cantine, est permis en tant que symbole de la culture chrétienne occidentale. ATF 116 Ia 252 = JT 1992 I 5, cons. 7 b) *Comune di Cadro*. Le Tribunal fédéral souligne prudemment que la décision aurait peut-être été différente eu égard à ces locaux. Voy. Tappenbeck Christian R., Pahud de Mortanges René, Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule, PJA 2007, 11, p. 1401-1414, 1406 avec références citées. D'un avis contraire, que nous partageons, Bellanger (note 462), p. 272 ; Bellanger (note 277), p. 16. Cet auteur juge la position du Tribunal fédéral trop souple, car la présence d'une croix dans une école devrait *per se* être contraire au principe de laïcité.

⁵¹¹ ATF 113 Ia 304 = JT 1989 I 268, cons. 4 c) *Nehal Ahmed Syed*.

⁵¹² ATF 125 I 347 = JT 2001 I 592.

⁵¹³ ATF 125 I 300 = JT 2001 I 302 *Abd-Allah Lucien Meyers*.

Constitution de 1999⁵¹⁴. Durant cette période, les cantons peuvent également prévoir l'inéligibilité des ecclésiastiques à des fonctions officielles⁵¹⁵. Toutefois, le Tribunal fédéral a jugé en 1988 une loi tessinoise, qui empêchait les ecclésiastiques de siéger à l'exécutif municipal, comme n'étant pas justifiée par un motif objectif et par voie de conséquence comme violant le principe d'égalité⁵¹⁶. A la lumière de cette jurisprudence, confirmée par l'Assemblée fédérale au cours de la première décennie du XXI^{ème} siècle⁵¹⁷, les cantons ne peuvent plus dès lors instituer de telles discriminations dans leur ordre juridique.

Par contre, selon les juges de Mon-Repos, un soutien financier de la part de l'Etat à une association privée, qui délivre des informations sur les sectes, ne contrevient pas à cette garantie de l'Etat de droit⁵¹⁸. La Cour EDH a jugé quant à elle que l'Etat viole la liberté religieuse garantie à l'art. 9 CEDH s'il exige de ses élus de prêter serment sur les Evangiles⁵¹⁹, s'il interdit toute forme de prosélytisme⁵²⁰, s'il met à la retraite forcée des militaires au seul motif qu'ils auraient des opinions religieuses différentes de celles de la majorité⁵²¹, ou encore s'il soumet à autorisation préalable la construction ou l'aménagement d'un lieu de culte⁵²².

2. La liberté religieuse individuelle

Sous l'aspect de la composante individuelle positive de la liberté religieuse, la Constitution de 1874 a été interprétée par les juges fédéraux comme impliquant la « liberté intérieure de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps et de manière quelconque ses propres convictions religieuses, ainsi que la liberté extérieure d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses ou sa vision du monde, dans certaines limites »⁵²³. Les conceptions philosophiques peuvent être comprises comme « les équivalents séculiers des religions »⁵²⁴. Le Tribunal fédéral a adopté une vision large de la

⁵¹⁴ Voy. art 143 Cst. féd. et Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 378-379.

⁵¹⁵ Gardaz (note 140), p. 69-70.

⁵¹⁶ ATF 114 Ia 395 = JT 1990 I 171 F. X.

⁵¹⁷ Voy. Message concernant la garantie de la Constitution révisée du canton de Genève, FF 2006 8337, 8342-8343.

⁵¹⁸ ATF 118 Ia 46 = JT 1994 I 579 *Verein Scientology Kirche Zürich*.

⁵¹⁹ GACEDH *Buscarini et autres c. Saint Marin* du 18 février 1999, § 34 et 39.

⁵²⁰ ACEDH *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, § 31 ; ACEDH *Larissis et autres* du 24 février 1998, § 45.

⁵²¹ ACEDH *Kalaç c. Turquie* du 1^{er} juillet 1997, § 27-31.

⁵²² ACEDH *Manoussakis et autres c. Grèce* du 26 septembre 1996, § 47-53.

⁵²³ ATF 123 I 296, cons. 2 b) aa) *Dahlab*.

⁵²⁴ Maclure, Taylor (note 4), p. 22.

religion, car « [t]outes les convictions et les conceptions spirituelles ou intellectuelles relatives aux rapports entre l'être humain et la divinité sont ainsi protégées »⁵²⁵, pour autant qu'elles soient identifiables en tant que telles⁵²⁶. La Cour suprême canadienne retient pour sa part le critère de la sincérité de la croyance⁵²⁷. Toutefois, l'article 9 CEDH « ne protège pas des professions de prétendue foi religieuse qui apparaissent comme des arguments de vente dans des annonces à caractère purement commercial faites par un groupe religieux »⁵²⁸. De même, le sentiment religieux en général n'est pas couvert par la liberté de conscience et de croyance⁵²⁹.

Ce droit fondamental protège les membres des minorités religieuses⁵³⁰, de même que les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents⁵³¹. Le prosélytisme, pour autant qu'il ne soit pas abusif ou intempestif, a également reçu le sceau du juge européen⁵³². La liberté religieuse ne protège cependant pas le port du voile islamique par une enseignante genevoise de l'école primaire publique⁵³³, contrairement aux élèves qui sont autorisées à le porter pour des raisons religieuses⁵³⁴, ni le refus par un motocycliste sikh de porter le casque au motif que sa religion lui interdit de se dénuder la tête en public⁵³⁵. Par contre, elle permet d'organiser une procession religieuse sur la voie publique⁵³⁶ et d'être dispensé des cours de natation pour motifs

⁵²⁵ ATF 123 I 296, cons. 2 b) aa) *Dahlab*. Voy. aussi Aubert (note 375), p. 712-713, n° 2014.

⁵²⁶ DCEDH *X c. Royaume-Uni* du 4 octobre 1977, DR 11, p. 56, dans lequel la Commission européenne des droits de l'homme n'a constaté aucun fait permettant de conclure à l'existence d'une religion « Wicca ».

⁵²⁷ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, § 51 ; Maclure, Taylor (note 4), p. 105.

⁵²⁸ DCEDH *X. et Eglise de Scientologie c. Suède* du 5 mai 1979, D.R. 16 p. 75, 78. Le Tribunal fédéral adopte une position plus nuancée suite à un examen de la diversité des solutions retenues au sein de divers ordres juridiques. ATF 125 I 369, cons. 1 b) *Verein Scientology Kirche Basel*.

⁵²⁹ ATF 116 Ia 316 = JT 1992 I 2, cons. 1 c).

⁵³⁰ ATF 119 Ia 178 = JT 1995 I 290, cons. 4 b) *Schwimmunterricht*.

⁵³¹ *Id.*, cons. 4 c) ; ACEDH *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, § 31.

⁵³² ACEDH *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, § 31 et 48 ; ACEDH *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, § 54.

⁵³³ ATF 123 Ia 296, cons. 4 b) bb) *Dahlab* ; DCEDH *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, p. 13-15.

⁵³⁴ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 25 juin 1999, dans la cause Commission scolaire de la Chaux-de-Fonds, cons. 5 à 7. D'un point de vue d'intégration des communautés allogènes, il est plus judicieux d'avoir des élèves voilées à l'école publique que de les exclure et les reléguer vers des écoles privées religieuses. Voy. aussi Maclure, Taylor (note 4), p. 75.

⁵³⁵ ATF 119 IV 260 = JT 1994 I 707.

⁵³⁶ ATF 108 Ia 41 *Rivara*.

religieux⁵³⁷. En outre, des législations cantonales interdisant toute dispense d'enseignement pour motifs religieux violent le principe de proportionnalité et sont donc contraires à la liberté religieuse⁵³⁸.

Sous l'aspect négatif de la liberté religieuse, l'impôt ecclésiastique communal, et non cantonal, viole la liberté religieuse de la personne n'appartenant pas à l'Eglise à laquelle cet impôt est affecté⁵³⁹. Si la qualité de membre est présumée, la personne doit formellement donner sa démission pour ne plus être soumise à l'impôt ecclésiastique⁵⁴⁰. La liberté religieuse garantit dans son aspect négatif le droit de quitter en tout temps une communauté religieuse. Des exigences chicanières de la part de communautés religieuses tendant à rendre la sortie d'une Eglise plus difficile ou la retardant inutilement ont été jugées comme contraires à ladite liberté⁵⁴¹. Une sortie partielle, c'est-à-dire l'abandon d'une Eglise, comprise comme corporation de droit public reconnue par l'Etat, sans déclarer quitter la confession en tant que telle, a été reconnue possible par le Tribunal fédéral en 2008 et déployé en conséquence des effets juridiques⁵⁴².

3. L'effet horizontal et les obligations positives

Les droits fondamentaux, tout comme le droit en général, n'ont de raison d'être que dans une société conformément à l'adage latin : *ubi societas, ibi jus, ibi societas, ubi jus*⁵⁴³. Bien que la liberté religieuse s'exerce avant tout

⁵³⁷ ATF 119 Ia 178 = JT 1995 I 290. Cette jurisprudence sera toutefois renversée par un jugement du 24 octobre 2008, reproduit aux ATF 135 I 79 = JT 2009 I 343 *Ville de Schaffhouse*. Voy. Keller Helen, Bürlì Nicole, Religionsfreiheit in der multikulturellen Schulrealität : BGE 134 I 114 ff. und 135 I 79 ff., Recht 2009/3, p. 100-108, 101 et 104-107.

⁵³⁸ ATF 117 Ia 311 = JT 1993 I 40.

⁵³⁹ ATF 107 Ia 126, 130 = JT 1983 I 39, 42 *Stutz* ; 99 Ia 739, 742 *Galland*. La Commission européenne est plus généreuse dans la protection de la liberté religieuse, puisque « ce droit [inscrit à l'art. 9 CEDH] protège toute personne contre l'obligation qui pourrait lui être imposée de participer directement à des activités religieuses contre son gré, sans être membre de la communauté religieuse qui dirige ces activités. Le paiement de taxes à une Eglise en vue de financer ses activités religieuses [...] doit être considéré comme une telle participation ». DCEdH *Darby c. Suède* du 11 avril 1988, requête n° 11581/85, D.R. n° 56, p. 173ss, § 51.

⁵⁴⁰ ATF 104 Ia 79, 85 = JT 1980 I 39, 45 *Kirchgemeinde Bern*.

⁵⁴¹ ATF 134 I 75 = JT 2009 I 236, cons. 4.2 ; 104 Ia 79 = JT 1980 I 40, cons. 3.

⁵⁴² ATF 134 I 75 = JT 2009 I 236, cons. 7, et la note d'Anne Benoît in RDAF 2009 I 396-398.

⁵⁴³ Rouvillois Frédéric, *Le droit (textes choisis et présentés par)*, Paris 1999, p. 17 ; Hottelier Michel, McGregor Eleanor, *La liberté d'expression : regards croisés sur ses sources, son contenu et ses fonctions*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux. La liberté d'expression*, vol. 8, Caen 2010, p. 11-25, 25.

dans un rapport vertical, puisqu'elle protège l'individu face à l'Etat, le corollaire de cet état de fait se trouve dans la survenance de conflits entre les divers agents de la société. L'Etat est en conséquence appelé à jouer le rôle d'arbitre lorsqu'un effet horizontal est conféré à la liberté religieuse ou tout simplement à intervenir *proprio motu* pour protéger ce droit fondamental. Dans le second cas de figure apparaît la question des obligations positives auxquelles les pouvoirs publics sont tenus. Ces deux éléments apparaissent indispensables à la pleine réalisation de la liberté religieuse.

Tout d'abord, la question de l'effet horizontal s'appréhende essentiellement de manière indirecte bien que le Tribunal fédéral ait reconnu un effet direct à l'art. 49 aCst. féd. à la fin du XIX^{ème} siècle dans une affaire thurgovienne en estimant que le mari ne peut pas dicter les convictions religieuses de sa femme⁵⁴⁴. Toutefois, cet effet horizontal ne va pas jusqu'à conférer « un droit à être protégé de confrontations avec d'autres conceptions religieuses ou métaphysiques, ainsi que de critiques de tiers »⁵⁴⁵.

La question de l'effet horizontal indirect est plus commune ; nous retrouvons ainsi diverses concrétisations législatives qui tendent à la mise en œuvre de ce droit fondamental dans les relations entre les particuliers. Par exemple, l'art. 261 *bis* CP⁵⁴⁶ prohibe la discrimination raciale, tandis que l'art. 336 al. 1 let. b CO⁵⁴⁷ interdit de licencier pour des motifs religieux, tels que le port d'un foulard islamique⁵⁴⁸.

La notion de l'effet horizontal sera reprise et surtout codifiée dans la Constitution du 18 avril 1999 par le biais de l'art. 35 al. 3. Cette disposition énonce que les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux⁵⁴⁹. Cette disposition ancre explicitement la fonction positive des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution fédérale en donnant mandat aux autorités aussi bien politiques que d'application du droit de participer à la réalisation des droits fondamentaux dans les relations interindividuelles⁵⁵⁰.

⁵⁴⁴ ATF 4 434, 435. Refusant de manière catégorique le caractère direct de l'effet horizontal en matière de liberté religieuse, Bellanger (note 277), p. 9 et 18.

⁵⁴⁵ Bellanger (note 277), p. 9.

⁵⁴⁶ RS 311.0 ; Bellanger (note 277), p. 9.

⁵⁴⁷ RS 220.

⁵⁴⁸ Voy. l'arrêt du tribunal d'arrondissement d'Arbon du 17 décembre 1990, SJZ 1991, p. 176ss.

⁵⁴⁹ Kley (note 142), p. 24 et références citées en note de bas de page 63. Voy. également Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 193-195 ; ATF 130 III 353 = JT 2005 I 13, cons. 2.1.1 A. S.A.

⁵⁵⁰ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 195.

Un autre aspect de la liberté religieuse dans les rapports entre particuliers se comprend sous l'angle des obligations positives de l'Etat. A cet égard, l'Etat doit aller au-delà de son devoir d'abstention et intervenir pour protéger la liberté religieuse de l'ensemble des citoyens et non des seuls membres des minorités religieuses qui pourraient faire l'objet de pressions directes ou non de la part non seulement des autorités publiques mais aussi des particuliers. Selon la Cour EDH « [u]n Etat contractant à la Convention, en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l'appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention ainsi que l'obligation de ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie »⁵⁵¹. Cette juridiction a également reconnu en 2008 que l'Etat a une obligation positive d'informer sur les sectes⁵⁵².

VIII. La Constitution de 2000 et ses développements

Selon le dernier recensement fédéral datant de l'an 2000, la Suisse est un pays de tradition chrétienne, comprenant 35,26% de protestants et 42% de catholiques. 310'807 musulmans résident sur sol suisse, ce qui représente 4,26% de la population⁵⁵³. La population musulmane résidente est très hétérogène et essentiellement d'origine européenne⁵⁵⁴. De plus, seuls environ 15% des musulmans appartiennent à des organisations religieuses, conformément au mouvement général de désinstitutionnalisation de la religion, propre aux sociétés modernes⁵⁵⁵. Bien que la présence musulmane soit

⁵⁵¹ GACEDH *Refah Partisi et autres c. Turquie* du 13 février 2003, § 103.

⁵⁵² ACEDH *Leela Förderkreiss E.V. c. Allemagne* du 6 novembre 2008, § 99.

⁵⁵³ Bovay Claude, *Le paysage religieux en Suisse*, Office fédéral de la statistique, Neuchâtel 2004, p. 12. Nous prenons en considération les chiffres de 2000 car lors des recensements ultérieurs, l'appartenance religieuse ne sera plus incluse.

⁵⁵⁴ Schneuwly Purdie Mallory, *Sociographie de l'Islam en Suisse*, in *Musulmans d'aujourd'hui : identités plurielles en Suisse*, Schneuwly Purdie Mallory, Gianni Matteo et Jenny Magali (dir.), Genève 2009, p. 23-36, 23 et 26.

⁵⁵⁵ Rüegg Christoph, *Vereins- und Stiftungsrechtliche Organisationsformen im Islam in der Schweiz*, in René Pahud de Mortanges, Erwin Tanner (éd.), *Muslime und schweizerische Rechtsordnung*, Fribourg 2002, p. 335-362, 336. Voy. aussi Hervieu-Léger Danièle, *Le pèlerin et le converti*, Paris 1999, p. 20 et 41-59 ; Campiche Roland, *Dilution ou recomposition des identités confessionnelles en Suisse*, in Hervieu-Léger Danièle, Davie Grace (dir.), *Identités religieuses en Europe*, Paris 1996, p. 89-109 ; Davie Grace, *La religion des Britanniques : de 1945 à nos jours*, Genève 1996. Cette dernière auteure a rendu célèbre sa formule résumant la désinstitutionnalisation de la religion en Occident (« *Believing, without belonging* »).

attestée sur sol helvétique depuis le X^{ème} siècle, ce n'est que depuis les années 1960 et l'émergence d'une immigration pluri-religieuse, au sein de laquelle la population musulmane occupe une place de premier choix, que sa visibilité est progressivement apparue⁵⁵⁶. En Europe occidentale, la communauté musulmane est désormais devenue la première communauté non chrétienne⁵⁵⁷. Conscients de la mutation du paysage religieux suisse, nous allons passer brièvement en revue les évolutions majeures que la liberté religieuse a connues depuis l'entrée en vigueur de la Constitution actuelle, le 1^{er} janvier 2000.

A. Les dispositions empreintes de religion dans la nouvelle Constitution fédérale

La Constitution fédérale du 18 avril 1999 s'ouvre avec un préambule débutant par l'invocation « Au nom de Dieu Tout-Puissant ! », reprise de la Constitution de 1874. Cette mention ne souligne pas nécessairement les racines judéo-chrétiennes de la Confédération helvétique, « chacun [pouvant] prêter aux termes "Dieu Tout-Puissant" un sens personnel »⁵⁵⁸. Le préambule comprend une valeur symbolique, mais est dépourvu de toute valeur normative d'après la majorité de la doctrine⁵⁵⁹. Cette référence à la divinité véhicule aux dires de certains une force intégrative, permettant de cimenter le tissu social⁵⁶⁰.

Les dispositions relatives à la liberté de conscience et de croyance ont été raccourcies dans la Constitution de 1999 par rapport à celle de 1874, sans que son contenu matériel et donc sa protection ne s'en soient trouvés affectés. Les art. 27 al. 3 (neutralité de l'école publique), 49 al. 1, 2, 4 et 6 (liberté de conscience et de croyance *stricto sensu*), ainsi que l'art. 50 al. 1 aCst. féd. (liberté des cultes) sont désormais compris à l'art. 15 Cst. féd. Cette disposition consacre une *libertas specialis* eu égard à l'art. 16 Cst. féd. (libertés d'opinion et d'information) qui comprend la garantie générale et

⁵⁵⁶ Schneuwly Purdie (note 554), p. 24.

⁵⁵⁷ Behloul Samuel Martin, Discours total ! Le débat sur l'islam en Suisse et le positionnement de l'islam comme religion publique, in *Musulmans d'aujourd'hui : identités plurielles en Suisse*, Schneuwly Purdie Mallory, Gianni Matteo et Jenny Magali (dir.), Genève 2009, p. 53-72, 57.

⁵⁵⁸ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 125.

⁵⁵⁹ *Id.*, 124 et références citées ; Kley (note 142), p. 10 et références citées.

⁵⁶⁰ Kley (note 142), p. 11 ; Ehrenzeller Bernhard, "Im Bestreben, den Bund zu erneuern" : einige Gedanken über "Gott" und die "Welt" in der Präambel des "Bundesbeschlusses über eine neue Bundesverfassung", in Ehrenzeller Bernhard et al. (éd.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen : Festschrift für Yvo Hangartner*, Saint-Gall 1998, p. 981-1006, 988.

subsidaire des différentes libertés de communication auxquelles est rattachée la liberté de conscience et de croyance⁵⁶¹.

Le respect des devoirs civiques, ancré précédemment à l'art. 49 al. 5 aCst. féd., s'analyse désormais à la lumière des art. 15 et 36 Cst. féd. Quant à la majorité religieuse qui figurait à l'art. 49 al. 3 aCst. féd., elle ne figure plus dans la Constitution fédérale. Elle est fixée à l'art. 303 al. 3 CC qui doit être lu en parallèle avec l'art. 11 al. 2 Cst. féd., selon lequel l'enfant capable de discernement peut lui-même invoquer sa liberté de conscience et de croyance⁵⁶². A cet égard, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la valeur primordiale en la matière⁵⁶³.

Relevons en outre que l'art. 15 Cst. féd. se concentre sur la dimension individuelle de la liberté religieuse. La question, centrale à la fin du XIX^{ème} siècle en plein *Kulturkampf*, de la paix religieuse a été reléguée hors des droits fondamentaux et se trouve désormais ancrée à l'art. 72 Cst. féd. Cette disposition, *a priori* superflue en raison du principe de subsidiarité des compétences cantonales, a le mérite de clarifier la compétence des cantons et d'éviter que la Confédération ne s'octroie une compétence implicite en la matière⁵⁶⁴. L'art. 72 al. 2 reformule l'ancien art. 50 al. 2⁵⁶⁵, l'art. 27 al. 1 aCst. féd. est repris à l'art. 62 al. 2, tandis que l'article 75 aCst. féd., interdisant aux ecclésiastiques de siéger au conseil national, n'a pas trouvé grâce aux yeux du constituant fédéral en 1999 et ce conformément à l'art. 25 du Pacte ONU II⁵⁶⁶.

Les autres dispositions pertinentes dans le champ de la liberté religieuse se trouvent ancrées dans des textes conventionnels de portée aussi bien régionale qu'universelle : l'art. 9 CEDH⁵⁶⁷, l'art. 13 du Pacte ONU I⁵⁶⁸, les

⁵⁶¹ Hottelier (note 310), p. 413.

⁵⁶² Voy. aussi ATF 135 I 79 = JT 2009 I 343, cons. 1.2 *Ville de Schaffhouse*.

⁵⁶³ ATF 135 I 79 = JT 2009 I 343, cons. 7.7.1 *Ville de Schaffhouse* ; Kley (note 142), p. 16 ; Keller, Bürli (note 537), p. 104-106. Voy. aussi art. 3 al. 1 et 14 al. 2 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (ci-après CDE) (RS 0.107), entrée en vigueur le 26 mars 1997 pour la Suisse.

⁵⁶⁴ Kley (note 142), p. 26.

⁵⁶⁵ Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons peuvent prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diverses communautés religieuses. Kley (note 142), p. 26.

⁵⁶⁶ Bellanger (note 277), p. 18-19 ; Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 378-379.

⁵⁶⁷ Précisons que la Suisse n'a pour l'heure pas ratifié le Premier protocole additionnel à la CEDH du 20 mars 1952, qui consacre à son art. 2 le droit à l'instruction et plus particulièrement le « droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

⁵⁶⁸ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1). Entré en vigueur le 18 septembre 1992 pour la Suisse.

art. 18 et 27 du Pacte ONU II et l'art. 14 CDE. De jurisprudence constante, ces dispositions confèrent à la liberté religieuse le même contenu que l'art. 15 Cst. féd.⁵⁶⁹. La Suisse est tenue de s'y conformer et d'appliquer ces garanties internationales de protection des droits de l'homme comme le rappellent les art. 5 al. 4 et 190 Cst. féd.

B. L'art 72 al. 3 Cst. féd.

La première décennie du troisième millénaire débute avec l'abrogation le 10 juin 2001 de la disposition exigeant l'approbation de la Confédération pour ériger de nouveaux évêchés, transférée de l'art. 50 al. 4 aCst. féd. à l'art. 72 al. 3 Cst. féd.⁵⁷⁰. Cette révision partielle de la Constitution fédérale met fin à près de 130 ans d'articles d'exception religieuse en supprimant la dernière disposition discriminatoire pour l'Eglise catholique romaine⁵⁷¹. La question avait été laissée de côté lors de la révision du 18 avril 1999 pour éviter de soumettre au peuple un texte empreint d'un sujet polémique supplémentaire qui aurait mis en péril le processus révisionnel dans son entier⁵⁷².

Le répit discriminatoire fondé sur la religion sera de courte durée dans la mesure où l'art. 72 al. 3 Cst. féd. comprend depuis le 29 novembre 2009 l'interdiction de construire des minarets⁵⁷³. L'inconventionnalité de cette disposition a été relevée par le Conseil fédéral, qui l'a jugée contraire aussi bien à la liberté religieuse qu'à l'interdiction de la discrimination⁵⁷⁴. Néanmoins, l'autorité exécutive considère que cette initiative ne déroge pas aux règles impératives du droit international (art. 139 al. 3 Cst. féd.) et ne saurait par conséquent être invalidée dans la mesure où elle remplit les autres conditions de validité.

La liberté religieuse ne ressortissant pas au *ius cogens*, des atteintes peuvent y être portées par la voie des urnes. En effet, les conditions de validité des initiatives populaires fédérales dénotent une approche

⁵⁶⁹ ATF 114 Ia 129 = JT 1990 I 3, cons. 2 a) ; 116 Ia 252 = JT 1992 I 5, cons. 5 b) *Comune di Cadro* ; 123 I 296, cons. 2 b) aa) *Dahlab*.

⁵⁷⁰ RO 2001 2262 ; FF 2000 3719.

⁵⁷¹ Bellanger (note 277), p. 19.

⁵⁷² Kley (note 142), p. 27-28 et références en notes de bas de page.

⁵⁷³ RO 2010 2161 ; FF 2008 6259 ; 2008 6923 ; 2009 3903 ; 2010 3117.

⁵⁷⁴ Message relatif à l'initiative populaire « contre la construction de minarets », FF 2008 6929-6932 ; Hangartner Yvo, *Die Anfechtung von Gesetzen mit Individualbeschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrecht*, in *Auf der Scholle und in lichten Höhen*, Zurich 2011, p. 135-146, 144-145.

helvético-centrique dans la protection des droits fondamentaux⁵⁷⁵. A moins qu'elles ne dérogent au droit international impératif, les initiatives populaires ne sont pas invalidées et doivent par conséquent être soumises au vote du peuple et des cantons si elles respectent les conditions formelles de validité (art. 139 al. 1 et 3 Cst. féd.). Par conséquent, il n'est pas choquant qu'une initiative telle que celle interdisant la construction des minarets soit validée par l'Assemblée fédérale, bien qu'elle soit contraire à des dispositions de droit international non-impératif⁵⁷⁶. La mise en œuvre de cette initiative contraire au droit international et à l'ordre public européen⁵⁷⁷ s'avère problématique⁵⁷⁸. Diverses requêtes ont été déposées à Strasbourg, bien que la CEDH ne prévoie pas *a priori* la possibilité de recourir expressément contre une disposition légale ou constitutionnelle nationale en tant que telle. Logiquement, la Cour EDH a déclaré ces requêtes irrecevables⁵⁷⁹. En effet, l'art. 13 CEDH « ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un Etat contractant comme contraires en tant que telles à la Convention »⁵⁸⁰.

C. La laïcité des magistrats

Conformément à la jurisprudence que le Tribunal fédéral a rendue relativement à une loi tessinoise interdisant aux ecclésiastiques de siéger à l'exécutif communal⁵⁸¹, l'Assemblée fédérale a jugé que l'exigence de laïcité pour les magistrats n'a plus lieu d'être. En ce sens, l'autorité législative

⁵⁷⁵ Hangartner (note 574), p. 139.

⁵⁷⁶ Sur cette problématique, voy. Zimmermann Tristan, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple ?, PJA 2007, 6, p. 748-760.

⁵⁷⁷ Hangartner (note 574), p. 135.

⁵⁷⁸ Sur la question de l'interdiction de construire des minarets, voy. la Jusletter du 1^{er} mars 2010 qui comprend plusieurs contributions sur la mise en œuvre de l'actuel art. 72 al. 3 Cst. féd. Au sein de cette édition, concernant la question de savoir si la liberté religieuse comprend le droit à la construction de minarets et l'appel à la prière, voy. Kley Andreas, Schaer Alexander, Gewährleistet die Religionsfreiheit einen Anspruch auf Minarett und Gebetsruf?. Les auteurs y répondent par l'affirmative (§ 11), tout comme le Professeur Hangartner eu égard à la construction de minarets. Hangartner (note 574), p. 144.

⁵⁷⁹ Voy. notamment DCEdH *Ligue des Musulmans de Suisse et autres c. Suisse* du 28 juin 2011 ; DCEdH *Ouardiri c. Suisse* du 28 juin 2011.

⁵⁸⁰ GACEDH *A. c. Royaume Uni* du 19 février 2009, § 135. D'un autre avis, Hangartner (note 574), p. 144-146. Pour cet auteur, l'interdiction de construire des minarets dénigre *per se* la communauté musulmane et ses membres et devrait pouvoir à ce titre faire l'objet d'un recours direct devant la Cour EDH.

⁵⁸¹ ATF 114 Ia 395 = JT 1990 I 171 F. X.

fédérale a refusé l'octroi de la garantie fédérale (art. 51 al. 2 Cst. féd.) à la partie initiale de l'art. 141 al. 3 Cst/GE disposant que « [s]ont éligibles à la Cour des comptes les électeurs laïques »⁵⁸². Cette jurisprudence souligne que l'exigence de laïcité pour les magistrats constitue une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. féd., en sus de violer la liberté religieuse et les droits politiques⁵⁸³.

D. L'abattage rituel

Au début des années 2000, la levée de l'interdiction de l'abattage rituel, ancrée en droit suisse depuis 1893, est à nouveau discutée⁵⁸⁴. Le Conseil fédéral a jugé en 1977 que cette restriction à la liberté religieuse se justifie par le but de protection des animaux, position vivement contestée par une partie de la doctrine qui considère cette interdiction comme une violation de la liberté religieuse⁵⁸⁵.

Le 13 mars 2002, le Conseil fédéral décide de retirer sa proposition de lever l'interdiction de l'abattage rituel suite à une levée de boucliers des milieux de protection des droits des animaux et des consommateurs⁵⁸⁶. Le 9 décembre 2002, le gouvernement envoie à l'Assemblée fédérale un projet de loi sur le droit des animaux. Celui-ci maintient l'interdiction de l'abattage rituel (art. 21 al. 1), mais permet explicitement aux juifs orthodoxes et aux musulmans d'importer leur viande, respectivement halal et kosher (art 14 al. 1)⁵⁸⁷. Une interdiction absolue de l'abattage rituel apparaissait au Conseil

⁵⁸² Message concernant la garantie de la Constitution révisée du canton de Genève, FF 2006 8337.

⁵⁸³ *Id.*, 8342-8343. Voy. aussi Renfer Irène, Avis de droit n° 2 demandé par la commission thématique 3 : « Institutions : les 3 pouvoirs » de l'Assemblée constituante genevoise du 12 novembre 2009, Laïcité et éligibilité, in Annexe au rapport sectoriel 301, Annexe 3a, 6 pages ; Tanquerel Thierry, Le cadre juridique : les institutions religieuses telles qu'elles résultent de la loi de 1907, in Grandjean Michel, Scholl Sarah (éd.), L'Etat sans confession. La laïcité à Genève (1907) et dans les contextes suisse et français, Genève 2010, p. 71-86, 85.

⁵⁸⁴ Sur cette question, de manière générale, voy. Horanyi Sybille, Das Schächtverbot zwischen Tierschutz und Religionsfreiheit : eine Güterabwägung und interdisziplinäre Darstellung von Lösungsansätzen, Bâle, Genève 2004.

⁵⁸⁵ Bellanger (note 277), p. 19 et références citées.

⁵⁸⁶ US Department of State, Report on International Religious Freedom 2002 : Switzerland, Washington D.C. 2003, disponible sur internet à <http://www.state.gov/g/drl/rls/irf/2002/13984.htm> (consulté le 12.8.2011).

⁵⁸⁷ ATAF B-4362/2009. Dans cet arrêt portant sur un conflit relatif à l'importation de viande kosher, le Tribunal administratif fédéral a estimé qu'une autorisation d'importation sera délivrée seulement pour la sorte de viande pour laquelle l'importateur prouvera qu'il a des relations commerciales afin de la revendre.

fédéral comme disproportionnée⁵⁸⁸. Ce texte trouve grâce aux yeux du législateur fédéral et devient la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la protection des animaux (LPA), entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2008⁵⁸⁹.

E. Le domaine scolaire

Dans le domaine scolaire, les juges de Mon-Repos ont quelque peu modifié leur jurisprudence eu égard aux dispenses des cours de natation mixtes qui sont obligatoires dans toutes les écoles publiques⁵⁹⁰. Si au début des années 1990, une élève s'était vu octroyer une dispense au motif que l'intégration n'était pas une obligation juridique, le Tribunal fédéral s'est prononcé en 2008 contre l'octroi d'une telle dispense en soulignant notamment les caractères d'intégration et de socialisation que les cours de natation incorporent⁵⁹¹. L'intégration est une notion indéterminée⁵⁹² se comprenant comme un processus bilatéral qui requiert l'acceptation par l'*Autre* dans le cadre d'un « processus d'échanges intersubjectif entre les différents acteurs sociaux »⁵⁹³. Dès lors, il est difficile de déterminer si les allogènes doivent renoncer à un comportement donné ou si les autochtones sont tenus de le tolérer. Relevons que de manière générale les convictions religieuses, aussi minoritaires soient-elles, restent protégées par la liberté de conscience et de croyance, bien qu'elles puissent faire l'objet de restrictions conformément à l'art. 36 Cst. féd.⁵⁹⁴.

Notre Cour suprême a poursuivi sa voie tolérante en matière de dispense scolaire eu égard à des jours donnés et non pas en raison d'un enseignement précis. Elle ne les refuse plus de manière systématique, comme tel était le cas au milieu du XX^{ème} siècle⁵⁹⁵. Le devoir civique de fréquenter l'école était

Autrement dit, la viande d'animaux abattus rituellement, soumise à des contingents, sera vendue à la communauté religieuse à laquelle elle correspond.

⁵⁸⁸ Bellanger (note 277), p. 19.

⁵⁸⁹ RS 455 ; RO 2008 2965.

⁵⁹⁰ Art. 68 al. 3 Cst. féd., art. 2 al. 2 de la Loi fédérale du 17 mars 1972 encourageant la gymnastique et les sports (RS 415.0).

⁵⁹¹ ATF 135 I 79 = JT 2009 I 343, cons. 7.2 *Ville de Schaffhouse*.

⁵⁹² Voy. à cet égard l'art. 4 de la loi fédérale sur les étrangers (RS 142.20).

⁵⁹³ Gianni Matteo, Citoyenneté et intégration des musulmans : adaptation aux normes ou participation à leur définition ?, in Schneuwly Purdie Mallory, Gianni Matteo et Jenny Magali (dir.), *Musulmans d'aujourd'hui : identités plurielles en Suisse*, Genève 2009, p. 73-93, 86-87.

⁵⁹⁴ ATF 135 I 79 = JT 2009 I 343, cons. 4.4 *Ville de Schaffhouse*.

⁵⁹⁵ ATF 66 I 158 = JT 1940 602 *Cléménçon*. Voy. aussi Knapp Blaise, *Ecole et religion en Suisse*, *Revue française de droit administratif* 1991/1, p. 80-82 ; Keller, Bärli (note 537), p. 107-108.

alors jugé comme une obligation bien plus importante que la liberté religieuse⁵⁹⁶. Cette jurisprudence sera adoucie à la fin des années 1980⁵⁹⁷. Poursuivant cette voie tolérante, les juges fédéraux donnent raison en 2008 à un élève membre de l'Eglise adventiste du septième jour qui ne peut pas passer ses examens de maturité un samedi pour des raisons religieuses, en considérant que les jours fériés ou de repos prescrits par une conviction religieuse bénéficient de la protection de l'art. 15 Cst. féd.⁵⁹⁸. L'obligation scolaire, dont les parents ou les représentants légaux sont les titulaires⁵⁹⁹, peut en certaines occasions céder le pas au respect de leurs convictions religieuses et de celles de leurs enfants⁶⁰⁰, pour autant que l'octroi de tels congés demeurent « compatibles avec l'intérêt public à garantir une activité scolaire organisée et efficace »⁶⁰¹. Les obligations civiques auxquelles la fréquentation de l'école appartient, constituent toujours un principe fondamental de notre ordre constitutionnel⁶⁰², mais ces jurisprudences récentes leur ont donné des contours plus souples, indispensables à une prise en considération de la diversité religieuse qui ne cesse de croître en terres helvétiques.

IX. Conclusion

Cet itinéraire à travers l'histoire constitutionnelle de la liberté religieuse aura révélé que les questions politiques et religieuses sont très souvent entremêlées, et qu'elles se sont coordonnées pour émailler la construction de la Confédération helvétique. Lorsque cette dernière a commencé à prendre forme, le christianisme était déjà bien ancré en terres suisses. Par la suite, les différends nés du mouvement de la Réforme n'ont pas épargné la Suisse et ont contribué au fil des siècles à façonner les particularismes cantonaux, notamment eu égard au domaine de l'instruction publique.

La liberté de conscience et de croyance, apparue et consacrée au lendemain des révolutions française et américaine, s'est d'abord concentrée sur les seules religions chrétiennes avant d'élargir son spectre de protection à l'ensemble des convictions, qu'elles soient d'ordre spirituel ou religieux

⁵⁹⁶ Keller, Bürli (note 537), p. 108.

⁵⁹⁷ ATF 114 Ia 129 = JT 1990 I 3 ; 117 Ia 311 = JT 1993 I 40 ; Zimmermann Tristan, Liberté religieuse à l'école : l'indiscrutable légèreté du contrôle européen, in L'harmonisation internationale du droit, Genève 2007, p. 377-397, 384-386.

⁵⁹⁸ ATF 134 I 114 = JT 2009 I 243, cons. 2.1 *Conseil d'Etat du canton du Tessin*.

⁵⁹⁹ Maerki (note 394), p. 57.

⁶⁰⁰ Tappenbeck, Pahud De Mortanges (note 510), p. 1408.

⁶⁰¹ ATF 134 I 114 = JT 2009 I 243, cons. 3.2 *Conseil d'Etat du canton du Tessin*; 117 Ia 311 = JT 1993 I 40, cons. 4 a).

⁶⁰² ATF 135 I 79 = JT 2009 I 343, cons. 7.2 *Ville de Schaffhouse*.

stricto sensu. Elle implique à présent un savant équilibre entre le droit individuel et la garantie de l'Etat de droit qui tend au maintien de la paix religieuse. Le choc des religions n'est pas une problématique récente comme les conflits intrachrétiens l'ont révélé par le passé.

Les progrès des moyens de communication ont contribué à favoriser un brassage des croyances et par voie de conséquence à modifier le paysage religieux de par le monde⁶⁰³. L'atlas des religions a de tout temps résulté des relations commerciales et des conflits militaires prenant place à l'échelle planétaire⁶⁰⁴. Cette interdépendance globale s'est accompagnée de l'adoption lors de la seconde moitié du XX^{ème} siècle de normes internationales consacrant cette liberté, sur un plan aussi bien régional qu'universel.

Malgré la dilution de la prégnance des institutions religieuses sur la société, la liberté religieuse est d'une actualité brûlante dans notre société toujours plus hétérogène et composée de nombreuses minorités religieuses ou spirituelles⁶⁰⁵. Ce droit fondamental est notamment appelé à garantir la protection de ces dernières, « la majorité ne [pouvant] prétendre réduire la minorité au silence »⁶⁰⁶. La diversité ne doit pas être perçue comme une menace mais bien plutôt comme une source d'enrichissement pour la société dans son ensemble⁶⁰⁷. La courte vie de la République helvétique nous révèle à cet égard qu'un Etat centralisé, faisant fi des particularismes régionaux, n'est pas un modèle qui convient à un pays vouant un culte à la diversité, tel que la Suisse.

Ne perdons pas de vue que « l'Etat constitutionnel a notamment pour devoir de créer, entre lui et la société, le minimum de cohésion indispensable à une coexistence harmonieuse, empreinte de respect et de tolérance »⁶⁰⁸. Dans une ère où les migrations se font toujours plus multiples et lointaines, la crainte de l'Autre, ou xénophobie, n'est point singulière. Bien au contraire, elle est « récurrente dans tous les processus migratoires »⁶⁰⁹. Déjà dans l'Antiquité, le mot grec *barbaros* désignait une personne ne parlant pas le grec et à ce titre un être inférieur qui n'a pas sa place dans la *polis*⁶¹⁰.

⁶⁰³ Vallet (note 496), p. 9-10.

⁶⁰⁴ *Id.*, p. 23.

⁶⁰⁵ Behloul (note 557), p. 53.

⁶⁰⁶ ATF 101 Ia 252, cons. 3 c) *Ernst*.

⁶⁰⁷ GACEDH *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, § 145.

⁶⁰⁸ ATF 135 I 79 = JT 2009 I 343, cons. 7.2 *Ville de Schaffhouse*.

⁶⁰⁹ Lathion Stéphane, Musulmans de Suisse, le défi de la citoyenneté, in Schneuwly Purdie Mallory, Gianni Matteo et Jenny Magali (dir.), *Musulmans d'aujourd'hui : identités plurielles en Suisse*, Genève 2009, p. 177-200, 191.

⁶¹⁰ Kapuscinski Ryszard, *Mes voyages avec Hérodote*, Paris 2006, p. 134. Ce mode de désignation n'est pas propre à l'Europe puisque nous le retrouvons notamment en

En conséquence, l'Etat est tenu de prendre en considération de la manière la plus générale et satisfaire autant que faire se peut les différentes convictions qui cohabitent sur son sol⁶¹¹. La « résorption des dissonances »⁶¹² spirituelles, aussi peu réaliste soit-elle, n'est donc pas une option enviable. L'Etat doit bien plutôt favoriser la tolérance aussi bien inter-, qu'intrareligieuse pour assurer la paix religieuse au sein de sa société et non tendre à la suppression de sa diversité. Comme John Stuart Mill le soulignait avec force, le simple « *dislike* » (dégoût) ou désapprobation pour une pratique minoritaire ne doit jamais suffire pour justifier qu'on ne la tolère pas⁶¹³.

La liberté de conscience et de croyance doit également trouver application conformément au principe de l'égalité de traitement, reformulation du principe d'équité. « [L]a nature de l'équitable : c'est d'être une correction de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité »⁶¹⁴. En d'autres termes, elle ne saurait s'appliquer de manière stricte et mécanique, mais est tenue de prendre pleinement en considération les particularités du cas d'espèce. Le principe de *l'équité* s'inscrit dans le principe d'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst. féd.) qui veut que des situations dissemblables soient traitées de façon différenciée.

La problématique de la liberté de conscience et de croyance trouve un terrain de jeu particulièrement sensible dans le cadre de l'école. Cette institution tend à former et à façonner les citoyens de demain tout en devant prendre en compte les différences de convictions que chaque individu est légitimé à posséder. L'équilibre à définir entre les droits individuels des élèves et le devoir de neutralité confessionnelle de l'Etat est d'une rare complexité. L'hétérogénéisation croissante des salles de classe contribuera à n'en pas douter à de futures frictions qui devront se résoudre dans un esprit de tolérance et d'intégration des minorités au sein de la société, dont l'école représente un seuil liminaire mais essentiel à une cohabitation pacifique à long terme. Gardons un œil sur le passé pour apprendre de nos erreurs mais aussi de nos succès afin de parvenir à une intégration réussie des minorités religieuses, qui sont une partie intégrante du pluralisme sur lequel repose la société démocratique.

langue wolof, dans laquelle le mot *lakk kat*, désignant l'étranger, signifie littéralement celui qui parle une autre langue.

⁶¹¹ Burckhardt Walther, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Berne 1931, p. 447.

⁶¹² Hervieu-Léger Danièle, *Le pèlerin et le converti*, Paris 1999, p. 15.

⁶¹³ Mill (note 385), p. 203-204.

⁶¹⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Paris 1990, livre V, 14, p. 268.

JEREMIAS GOTTHELFS KAMPF GEGEN DIE RECHTSSTAATSIDEE DER JUNGEN RECHTSSCHULE WILHELM SNELLS¹

I. Einführung ins Thema

Jeremias Gotthelf lehnte den Rechtsstaatsgedanken nicht nur ab,² sondern er hasste – ebenso wie Gottfried Keller³ – auch dessen Vertreter, das geistige Haupt der Berner Radikalen, den deutschen Juristen und Berner Rechtsprofessor Wilhelm Snell⁴, seit 1834 Juraprofessor an der neugegründeten Berner

* Dr. phil., wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Schweizerischen Pensionskassenverband (ASIP).

¹ Überarbeitete Fassung des gleichnamigen Referats am Zürcher Ausspracheabend für Rechtsgeschichte vom 14. Dezember 2010.

² Hinsichtlich einer vertieften Beschäftigung mit Gotthelfs „christlichem Staat“, mit dessen rechtlichen und theologischen Quellen und dessen breiterer Kontextualisierung, besonders auf dem Hintergrund der konfessionellen Auseinandersetzungen vor und nach Entstehen des schweizerischen Bundesstaates von 1848 und der wirtschaftlichen Entwicklung in der damaligen Eidgenossenschaft (speziell im Emmental) eingehend: Michael Lauener, Jeremias Gotthelf. Prediger gegen den Rechtsstaat (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte 64), Diss. phil., Zürich/Basel/Genf 2011. – Zur Biographie Gotthelfs: Barbara Mahlmann-Bauer, Jeremias Gotthelf (1797-1854), in: Peter Martig (Hg.), Berns moderne Zeit. Das 19. und 20. Jahrhundert neu entdeckt, Bern 2011, S. 468.

³ Gotthelf verabscheute die Juristen, insbesondere die Anwälte, generell (Theodor Bühler, Die Beistandschaft bei der Lösung von Konflikten nach dem Recht der Kantone der schweizerischen Eidgenossenschaft, in: Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions LXV, Bruxelles 1998, S. 290, Anm. 306). Keller schreibt: „Der einzige permanente Zorn, welcher an Gotthelf zu billigen, ist seine Antipathie gegen die Juristen. Der Kanton Bern ist nämlich seit einer Reihe von Jahren durch eine Unmasse von Advokaten, Rechtsagenten, Schreibern und dergleichen überschwemmt worden, welche, angelockt durch die neuerrichtete Universität und einen echt demagogischen Professor [Wilhelm Snell, Anm. M.L.], von der Dorfschule weg einige Semester in Bern herumrutschten und dann als halbgebackene Juristen und Sykophanten grossen Unfug im bernischen Volk anrichteten“ (Gottfried Keller, Jeremias Gotthelf [Gotthelf-Rezensionen], in: Sämtliche Werke, Bd. 22, hg. von Jonas Fränkel [seit 1942 Carl Helbling], Bern 1948, S. 62).

⁴ Wilhelm Snell kam als politischer Emigrant 1821 in die Schweiz und war Professor der Jurisprudenz in Basel, Zürich und Bern; er war einer der Haupturheber des Freischarenzuges von 1845. Gotthelf nannte ihn einen „Revoluzer von der ersten Sorte“

Hochschule,⁵ seinen Bruder Ludwig Snell⁶ und Jakob Stämpfli⁷, Wilhelm Snells Schwiegersohn.⁸

(EB 15, S. 287). – Zu Wilhelm Snell (1789-1851): http://www.bern.diplo.de/Vertretung/bern/de/04/1_20D_20und_20CHE/Deutsche_20in_20der_20Schweiz/Seite_Deutsche_Schweiz_Snell.html; Wilhelm Snell's Leben und Wirken. Von einigen Freunden dem Andenken des Verstorbenen gewidmet, Bern 1851; Christoph Zürcher, „Snell, Wilhelm“, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 1. Mai 2006, URL: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D13292.php>; Markus Kutter, Jetzt wird die Schweiz ein Bundesstaat. Von den Revolutionen der 1830er Jahre zur ersten Bundesverfassung (1830-1848) (Der modernen Schweiz entgegen, Band 4), Basel 1998, S. 56-59 (mit Wilhelm Snells Porträt auf S. 57); Marianne Reinhart, Berner Romanistik im 19. Jahrhundert, in: Pio Caroni (Hg.), Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922). Colloquium zum 150. Geburtstag. Bern 15./16. Juni 2000 (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Bd. 163), Frankfurt a.M. 2003, S. 30, Anm. 16; Urs Fasel, Bahnbrecher Munzinger. Gesetzgeber und Führer der katholischen Reformbewegung (1830-1873), Diss. iur., Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 180; Chantal Jaeger, Die Gutachtertätigkeit der Juristenfakultät Zürich (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte 59), Diss. iur. (Zürich), Zürich/Basel/Genf 2008, S. 39-41; Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, S. 213f., Anm. 8; Peter Moraw, Kleine Geschichte der Universität Giessen, 2. Aufl., Giessen 1990, S. 114-135. – Zur literarischen Verarbeitung von Wilhelm Snells Vita: Alfred Hartmann, Gallerie berühmter Schweizer der Neuzeit. Zweiter Bd., Baden (Aargau) 1871; Alfred Hartmann, Meister Putsch und seine Gesellen: ein helvetischer Roman in sechs Büchern. 2 Bde., Solothurn 1858, dessen Angabe ich Herrn Prof. em. Dr. phil. Hanns Peter Holl (†) verdanke; Monika Dettwiler, Berner Lauffeuer, 3. Aufl., Oberhofen am Thunersee 2004, für dessen Mitteilung ich mich bei Herrn Prof. Dr. iur. Stefan G. Schmid herzlich bedanke. In diesem Roman wird Wilhelm Snells Biographie gerafft wiedergegeben, und zwar auf S. 124-128, 138-140. Monika Dettwiler ist die Ururenkelin von Wilhelm Snell.

⁵ Hans Ulrich Dürrenmatt, Die Kritik Jeremias Gotthelfs am zeitgenössischen bernischen Recht, Diss. iur., Bern 1947, S. 37.

⁶ Zu den Brüdern Wilhelm und Ludwig Snell (1785-1854): Helma Brunck, Die Brüder Ludwig und Wilhelm Snell und die Verfassungsdiskussion im Herzogtum Nassau, in: Hessische Landeszentrale für Politische Bildung, Referat VI (Hg.), Fürstenhof und Gelehrtenrepublik: hessische Lebensläufe des 18. Jahrhunderts, Wiesbaden 1997, S. 72-83. – Zu Ludwig Snell: Anton Scherer, Ludwig Snell und der schweizerische Radikalismus (1830-1850) (Zeitschrift für Schweizerische Kirchengeschichte, Beiheft 12), Freiburg Schweiz 1954; Alfred Kölz, Der Verfassungsentwurf von Ludwig Snell als Quelle der Regenerationsverfassungen, in: ders., Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat. 1789-1798-1848-1998. Historische Abhandlungen, Chur/Zürich 1998, S. 171-197; Andreas Kley, Das Uster-Memorial und der Ustertag, in: Felix Hafner/Andreas Kley/Victor Monnier (Hgg.), Commentationes Historiae Iuris Helveticae I/2006, Bern 2007, S. 67-75; Olivier Meuwly, Les penseurs politiques du 19e siècle. Les combats d'idées à l'origine de la Suisse moderne, Lausanne 2007, S. 67-69; Stefan G. Schmid, Ein zweites Vaterland. Wie Ludwig Snell Schweizer wurde, in: Isabelle Häner (Hg.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte. Beiträge für Alfred Kölz, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 263-281; ders., Ludwig

Bei Gotthelfs Tod 1854 „herrschte“, so Andreas Kley in der 2. Auflage seiner „Verfassungsgeschichte der Neuzeit“ (2008)⁹, „seitens der hohen Politik Stillschweigen, zumal Gotthelf den Bundesrat und die liberalen Nationalräte in einem Brief vom 24. Januar 1854 noch als ‚windiges Fötzelzeug‘ titulierte hatte. Auch in Zeitungsartikeln hatte er nicht vor derartigen Injurien zurückgeschreckt.“¹⁰ Selbst bis über den Tod hinaus war Gotthelf in der Schweiz weithin verhasst, so dass sogar sein Grab geschändet wurde.¹¹

Es brauchte eine lange Zeit des Vergessens und der Verharmlosung als blosser Bauernschriftsteller, bis die hohe Politik sich seiner wieder annehmen konnte.¹² Freilich tat sie es ohne Berücksichtigung von Gotthelfs politischer Brisanz. Noch in seiner am 4. April 2004 in Lützelflüh gehaltenen Gedenkre-

Snell – ein Revolutionär in Küsnacht. Gedenkrede zum 150. Todestag des Verfassers des „Küsnachter Memorials“, in: Küsnachter Jahrheft 2005, S. 67–75; ders., Die Zürcher Vetopetitionen von 1837 bis 1842. Eine Quellenstudie zur Entwicklung der direktdemokratischen Staatsidee, in: Zürcher Taschenbuch 2010, Zürich 2009, S. 143–225; Ursula Meyerhofer, Von Vaterland, Bürgerrepublik und Nation. Nationale Integration in der Schweiz 1815–1848, Diss. phil., Zürich 2000; Bruno Schmid, Die Ustertagsfeiern im Laufe der Zeit, in: Zürcher Taschenbuch 2008, Zürich 2007, S. 103–126. – Zum Schweizer Liberalismus allgemein: Pierre Bessard/Olivier Meuwly (Hgg.), Dem Schweizer Liberalismus auf der Spur, Zürich 2011.

⁷ Vgl. Albert Tanner, Jeremias Gotthelf – Jakob Stämpfli – Eduard Blösch. Drei Männer – drei politische Haltungen zum Bundesstaat von 1848, in: BZGH 60/3 (1998), S. 197–218.

⁸ Barbara Mahlmann-Bauer, Jeremias Gotthelf und die Berner Presse, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe (Beihefte zu editio, hg. von Winfried Woesler, Bd. 24), Tübingen 2006, S. 103; Josef Maybaum, Gottesordnung und Zeitgeist. Eine Darstellung der Gedanken Jeremias Gotthelfs über Recht und Staat, Diss. iur., Bonn 1960, S. 110.

⁹ Andreas Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 2008.

¹⁰ Andreas Kley (Fn 9), S. 228. Vgl. dazu: Barbara Mahlmann-Bauer, Jeremias Gotthelf und die Berner Presse, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe (Beihefte zu editio, hg. von Winfried Woesler, Bd. 24), Tübingen 2006, S. 67–113; Leonhard Neidhart, Das frühe Bundesparlament. Der erfolgreiche Weg zur modernen Schweiz, Zürich 2010, bes. S. 107ff.

¹¹ Peter von Matt, Der Diagnostiker unserer vernetzten Bosheit. Hinweis auf einen unbeschönigten Gotthelf, in: Emil O. Bohnenblust/Fritz von Gunten/Gerhard Schütz (Hgg.), Gotthelf – Augenblicke, Münsingen-Bern 1997, S. 168.

¹² Noch im Jahr 1999 schrieb Werner Hahl: „Heutzutage ist Gotthelf wiederum in den Hintergrund getreten; seine Kritik an Errungenschaften des Liberalismus, die zum unverzichtbaren Gut unserer politischen Kultur gehören, scheint ein Haupthindernis seiner Rezeption zu sein“ (Werner Hahl, Gotthelfs Liberalismus-Kritik im europäischen Kontext: Ein Blick auf Benjamin Disraelis Roman „Sybil. Or the Two Nations“, in: Walter Pape/Hellmut Thomke/Silvia Serena Tschopp [Hgg.], Erzählkunst und Volks-erziehung. Das literarische Werk des Jeremias Gotthelf, Tübingen 1999, S. 250f.).

de zu Gotthelfs 150. Geburtstag erwähnte der damalige Bundesrat und Jurist Samuel Schmid (*1947) Gotthelfs politische Entrüstungstiraden nicht.¹³

- ¹³ Andreas Kley (Fn 9), S. 228. Im Gegensatz zu Samuel Schmid stellt der Jurist und Altbundesrat Christoph Blocher (SVP) in seinem am 2. Januar 2011 in Wynigen im Emmental (Kanton Bern) gehaltenen Vortrag „Würdigung grosser Berner im Emmental und ihre Bedeutung für die heutige Schweiz“ (über Jeremias Gotthelf, Friedrich Traugott Wahlen [1899-1985] und Albert Anker [1831-1910]) Gotthelf als Vorbild für die heutigen Manager, für Führungskräfte und Unternehmer dar, die, so Blocher, „bei Gotthelf mehr lernen können als in fast allen noch so akademischen Lehrbüchern und teuren Führungsseminarien“, indem er dessen politische Anstössigkeit, Unanständigkeit und Polemik hervorhebt: „Gotthelf wusste, dass Kritik manchmal deutlich sein musste. Wo man Missstände verdeckt oder gar verdrängt, da ist laut und unanständig korrekter als leise und anständig. Polemik, Polarisierung, Provokation sind Gotthelf nicht fremd. Von diesen Stilmitteln machte er regen Gebrauch. (...) Der erhoffte neue Wind der liberalen Mehrheitspartei enttäuschte ihn [= Gotthelf, Anm. M.L.]. Bald schon empfand Gotthelf den sogenannten Fortschritt als Rückschritt, die angebliche Aufklärung als Verblendung (...) Jeremias Gotthelf wurde einsam im Pfarrhaus zu Lützelflüh, von den Regierenden gehasst, in seiner Gemeinde mehr gefürchtet als geliebt. In allen wesentlichen Entscheidungen war er auf sich allein gestellt und spürte die Unteilbarkeit seiner Verantwortung. Genau wie Gotthelf geht es jedem Menschen, der eine Führungsposition ernsthaft inne hat. Gerade in Zeiten, in denen fast jeder das Wort Teamgeist im Munde führt, ist man in wirklich schwierigen Momenten auf sich allein gestellt. Als Jeremias Gotthelf 1854 im 57. Altersjahr verstarb, stand denn in den meisten Berner Zeitungen auch kein ehrendes Wort. Ein Blatt schrieb sogar: ‚In Lützelflüh ist unser berühmtester Volksschriftsteller Jeremias Gotthelf (Albert Bitzius) gestorben. Friede dem Unfrieden.‘ Warum diese schmähenden Worte noch am Grab? Weil er den Modernen, den Progressiven und Fortschrittlichen zu konservativ war. Und dennoch blieb Gotthelf mit Name und Schriften bis heute aktuell, während die Zeit über alle seine vielen Gegner hinweggegangen ist. Der Grund dafür ist einfach: Weil Gotthelf sich nicht für politische Ideologien oder theoretische Gesellschafts- und Wirtschaftsstrukturen interessierte, sondern einzig für die Lebenswirklichkeit und die zeitlosen geistigen Werte, die diese Lebenswirklichkeit lebenswert machen. Heute erleben wir das Gegenteil angesichts der riesigen Schwierigkeiten, die durch machtgerige Zusammenballungen zu Grossgebilden in Politik, Wirtschaft und Währungssystem entstanden sind. Den Wert von Gotthelfs Denken erkennen wir heute wieder im eigenen Land, wo mehr und mehr bewährte Werte, das Kleinräumige, das Übersichtliche geschätzt werden. Jede von Gotthelfs packenden, wirklichkeitsnahen Geschichten zeugt nämlich von jener Grundwahrheit, die in der Führung, aber auch ganz allgemein für den Menschen in allen Lebenslagen zentral und tröstlich ist: Die Welt mag im Argen liegen. Wer sich aber der Lebenswirklichkeit stellt und sich von soliden Werten und Gottvertrauen lenken lässt, geht nicht unter“ (Christoph Blocher, Würdigung grosser Berner im Emmental und ihre Bedeutung für die heutige Schweiz: Jeremias Gotthelf [1797-1854], Friedrich Traugott Wahlen [1899-1985], Albert Anker [1831-1910]. Vortrag, gehalten anlässlich des Neujahrsanlasses 2011 am 2. Januar 2011 in Wynigen im Emmental [BE] [http://www.blocher.ch/uploads/media/110102cb_emmental.pdf], S. 7, 9-12). Bereits in seiner Rede „Der Ustertag oder über den Anstand in der Politik“ anlässlich der Ustertagsfeier vom 23. November 2008 hatte sich der 2007 nicht mehr als Bundesrat gewählte Christoph

„In einer Zeit“, so äussert sich Reinhard Straumann in der Festschrift zu Gotthelfs 200. Geburtstag 1997¹⁴ hinsichtlich der Zeit von Gotthelfs Tod, „in der Provinzblättlein jeden drittklassigen Politiker bei seinem Ableben zu einem Nationalhelden hochstilisierten, geleitete man jenen Mann, der 100 Jahre später als der grösste Dichter der Schweiz gefeiert wurde, mit Schimpftiraden ins Grab.“¹⁵ National verachtet, genoss Gotthelf, dessen Romane sich im Urteil Gordon A. Craigs „teilweise fast wie Katechismen der sozialen und staatsbürgerlichen Verantwortung lesen“ und der „sich durch die Erkenntnis der Schwächen“ seines „Landes in“ seiner „Loyalität eher bestärkt“ fühlte,¹⁶ jedoch schon damals übernationale Bedeutung, gerade in Deutschland und in Frankreich, wie sein französischer Biograph Gabriel Muret¹⁷ schreibt: „Als Bitzius 1854 stirbt, erreicht seine Berühmtheit ihren Höhepunkt, nachdem sie während der letzten Jahre seines Lebens unaufhörlich gewachsen war. Gotthelf ist aber nicht nur zu einem grossen Namen der zeitgenössischen Literatur geworden, sondern sein Ruhm strahlt weiter als die Grenzen der deutschen Sprache (...).“¹⁸

1830 in Bern bei den Vorbereitungen zum Sturz des alten Regiments noch führend mitbeteiligt, hatte sich Gotthelf jedoch von der siegreichen Bewegung bald nach 1831 abgewendet, indem er den Vorwurf erhob, hier etablierte sich eine neue Aristokratie mit dem vorherrschenden Interesse der Geldkumulation.¹⁹ Inbegriff dieser neuen Geldaristokratie ist ihm der Jurist, Politiker, Eisenbahnkönig, Bankengründer und spätere Erbauer des Gotthard-

Blocher zu „Anständigkeit“ und „Unanständigkeit“ geäussert: „Wo immer von ‚Anstand‘ gesprochen wird, ist die Zwiespältigkeit des Wortes und darin stets die Zwiespältigkeit des Menschen und seiner Motive sorgsam im Auge zu behalten. Es kann sich im ‚Anstand‘ sehr wohl die schöne Menschlichkeit der Rücksichtnahme, des Edelmut, der Schonung bis hin zur ‚Nächstenliebe‘ ausdrücken – aber auch die niederträchtigste Bosheit verbergen“ (Christoph Blocher, Der Ustertag oder über den Anstand in der Politik. Rede gehalten anlässlich der Ustertagsfeier vom 23. November 2008 in der Kirche Uster [<http://www.blocher.ch/uploads/media/081122ustertag.pdf>], S. 9f.).

¹⁴ Reinhard Straumann, Der Revolutionär, der ein Konservativer wurde, in: Emil O. Bohnenblust/Fritz von Gunten/Gerhard Schütz (Hgg.), Gotthelf – Augenblicke, München-Bern 1997, S. 51-55.

¹⁵ Reinhard Straumann (Fn 14), S. 55.

¹⁶ Gordon A. Craig, Geld und Geist. Zürich im Zeitalter des Liberalismus 1830-1869, München 1988, S. 232f.

¹⁷ Gabriel Muret, Jérémie Gotthelf: Sa vie et ses oeuvres, Paris 1913.

¹⁸ Gabriel Muret, Jérémie Gotthelf: Sa vie et ses oeuvres, S. 481, übersetzt von Raymond Lauener, Jeremias Gotthelfs bleibende Bedeutung, in: Kirchenblatt für römisch-katholische Pfarreien im Kanton Solothurn 21/22 (2004), S. 4.

¹⁹ Ulrich Knellwolf, „Ein Mann des Wortes“. Grundzüge der Theologie Jeremias Gotthelfs, in: Hanns Peter Holl/J. Harald Wäber (Hgg.), „...zu schreien in die Zeit hinein...“. Beiträge zu Jeremias Gotthelf/Albert Bitzius (1797-1854), Bern 1997, S. 172f.

Eisenbahntunnels Alfred Escher²⁰, wie Gotthelf Mitglied des Schweizerischen Zofingervereins²¹, den er den „Feldherrn der Materie“ nennt.²² Gotthelf empfindet Escher offensichtlich als einen Gegenspieler.²³ Er nennt ihn „zür-

²⁰ Zu Alfred Escher: Joseph Jung, Alfred Escher 1819-1882 – Aufstieg, Macht, Tragik, 4., erw. Aufl., Zürich 2009; ders., Alfred Escher 1819-1882. Der Aufbruch zur modernen Schweiz. 4 Bde., 2. Aufl., Zürich 2006; ders., Alfred Escher, in: Zofinger Centralblatt 150/3 (2010), S. 213-217. Es existiert keine Korrespondenz zwischen Jeremias Gotthelf, dem Gründer des Schweizerischen Zofingervereins, und Alfred Escher, dem Centralpräsidenten des Schweizerischen Zofingervereins. Auch äussert sich Escher in keinem seiner Briefe über Gotthelf oder dessen Werke. Vgl. Joseph Jung (Hg.), Alfred Eschers Briefe aus der Jugend- und Studentenzeit 1831-1843, bearb. u. kommentiert von Bruno Fischer, Zürich 2010. Für die Auskunft hinsichtlich der uneditierten Briefe von Alfred Escher bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. phil. Joseph Jung, Geschäftsführer der Alfred Escher-Stiftung, ganz herzlich.

²¹ 1840/41 wurde Alfred Escher Centralpräsident des Schweizerischen Zofingervereins (Joseph Jung, Alfred Escher, in: Zofinger Centralblatt 150/3 [2010], S. 217). In seinem Aufsatz „Unser Freistaat in seiner Möglichkeit in der Zukunft“ (1840) (abgedruckt in: Centralblatt des Schweizerischen Zofingervereins [Cbl] 26 [1885/86], S. 290) hatte er ein republikanisches Bekenntnis als Plädoyer für Bildung ganz im Sinne Gotthelfs abgelegt: „Im wahren Freistaat muss das Staatsbewusstsein fortwährend Gemeingut aller Bürger sein. Die republikanische Verfassung setzt am meisten geistige Kultur der Volksmassen voraus.“ Daher forderte Escher, dass beim Streben nach Bildung jeder sich zum Bewusstsein bringe, was wir als Bürger sind, sein können und sein wollen (Werner Kundert/Ulrich Im Hof, Geschichte des Schweizerischen Zofingervereins. Im Überblick dargestellt, in: Schweizerischer Zofingerverein/Schweizerischer Altzofingerverein [Hgg.], Der Schweizerische Zofingerverein 1819-1969. Eine Darstellung, Bern 1969, S. 45f.). Escher rief die Parteien dazu auf, das Gemeinwohl vor die der republikanischen Verfassung zuwiderlaufenden parteipolitischen Ziele zu stellen. Dies war ganz im Sinne Gotthelfs. Escher bezeichnete es als erste Aufgabe des „unsichtbaren Männerzofingervereins“, den Bürgern mit gutem Beispiel voranzugehen, indem sie, „so entgegengesetzt auch ihre politischen Ansichten sein mögen und müssen, doch in Einem Bestreben Hand in Hand gehen sollen, in dem Bestreben, alles zur Verbreitung der Überzeugung, es sei das Gesetz die unverletzliche Majestät des Freistaates, beizutragen“. Die Zofinger sollten das Ideal der bürgerlichen Eintracht verkörpern, welche gerade in einer Republik von besonderer Bedeutung sei, und sollten sich bei Unstimmigkeiten nicht vom Gefühl, sondern vom Verstand leiten lassen, um durch ihr Verhalten die gegenwärtige Zerrissenheit des Volkes zu kontrastieren (Joseph Jung, Alfred Escher 1819-1882 – Aufstieg, Macht, Tragik, 4., erw. Aufl., Zürich 2009, S. 79f.). – Zu Escher als Zofinger allgemein: François-L. Reymond, Les Zofingiens dans le nouveau parlement fédéral, in: Schweizerischer Zofingerverein/Schweizerischer Altzofingerverein (Hgg.), Der Schweizerische Zofingerverein 1819-1969. Eine Darstellung, Bern 1969, S. 172ff., 184, 189ff.

²² Ulrich Knellwolf (Fn 19), S. 173.

²³ Ulrich Knellwolf, Rede zur Eröffnung des Gotthelf-Jahres am 5. Januar 1997 in der Kirche Lützelflüh, in: Emil O. Bohnenblust/Fritz von Gunten/Gerhard Schütz (Hgg.), Gotthelf – Augenblicke, Münsingen-Bern 1997, S. 19.

cherischer Diktator und Erziehungsdirektor“ (XIII, S. 380),²⁴ „Diktator“ und „kamelhaariger Kerl“ (XIII, S. 390).²⁵

Als Menschenwerk, in dem die Advokaten den Ton angeben, lehnt Gotthelf den „Rechtsstaat“ ab.²⁶ Dieser Staat ist für Gotthelf ein Staat, den unchristliche Politik allein bestimmt.²⁷ Ganz besonders richtet Gotthelf seine Offensive gegen die aus Nassau stammenden Brüder Snell, den Staatsphilosophen Ludwig Snell (1785-1854) und vor allem gegen den Juristen Wilhelm Snell (1789-1851), das geistige Haupt der Berner Radikalen und seit 1834 Rechtsprofessor an der neugegründeten Berner Universität,²⁸ den Begründer der „jungen Schule“ für Juristen.²⁹ Er titulierte die Gebrüder Snell in seinen

²⁴ Hanns Peter Holl, Jeremias Gotthelf. Leben – Werk – Zeit, Zürich/München 1988, S. 165f. In einem Brief an Karl Rudolf Hagenbach hält Gotthelf es „für das grösste Unglück, wenn die höhere Erziehung [gemeint ist die Eidgenössische Technische Hochschule] nach Zürich käme und unter das Panier des ledernen Eschers, des Feldherrn der Materie, gestellt würde. Das ist ein kamelhaariger Kerl“ (EB 8, S. 139). So geht es weiter gegen den französischen Erfolgsromancier Eugène Sue und seine Leser, gegen die badischen Revolutionäre Gustav von Struve und Ludwig Blenker, gegen deutsche Demagogen in der Schweiz, gegen Eisenbahnen, Telegraphen und Zeitungen, gegen Waadtländer Radikale, Sekundarlehrer und moderne Bildung, gegen Advokaten und Beamte, gegen Frauenemanzipation – alles Ausgeburten des „Zeitgeistes“ (Hanns Peter Holl, Jeremias Gotthelf, S. 166).

²⁵ Paul Baumgartner, Jeremias Gotthelfs „Zeitgeist und Bernergeist“. Eine Studie zur Einführung und Deutung, Bern 1945, S. 72.

²⁶ Ulrich Knellwolf, Gleichnis und allgemeines Priestertum. Zum Verhältnis von Predigtamt und erzählendem Werk bei Jeremias Gotthelf, Diss. theol., Zürich 1990, S. 260; Thomas Multerer, Zur Frage der Kategorie des Ewigen im Werke Jeremias Gotthelfs, in: Jahrbuch des Obergerichts 47 (2004), S. 50.

²⁷ Thomas Multerer, Die Bundesverfassung von 1848 im Lichte der Schweizer Literatur, in: Jahrbuch des Obergerichts 41 (1998), S. 54f.

²⁸ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 37. Seit Beginn der 1820er Jahre waren deutsche Intellektuelle radikal-liberaler Gesinnung in die Schweiz emigriert, um der Durchsetzung der Karlsbader Beschlüsse zu entfliehen. Zu ihnen gehörten auch die Gebrüder Wilhelm und Ludwig Snell (Matthias Kradolfer, Justitias „Emancipation“ – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798-1848. Unter besonderer Berücksichtigung der Justizgeschichte des Kantons St. Gallen, Diss. iur., Zürich/St. Gallen 2011, S. 167).

²⁹ Rudolf Hunziker, Jeremias Gotthelf, Frauenfeld/Leipzig 1927, S. 135; Werner Hahl, Jeremias Gotthelf – der „Dichter des Hauses“. Die christliche Familie als literarisches Modell der Gesellschaft, Stuttgart/Weimar 1994 (zugleich Habilitationsschrift der Fakultät für Sprach- und Literaturwissenschaft II der Universität München), S. 286; Ferdinand Elsener, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1975, S. 305, Anm. 76. Darüber Einzelheiten bei Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 37ff. – An anderer Stelle spricht Gotthelf von den „bärtigen Bocksgesichtern der neuen Rechtsschule“, von „besoffenem Pack“ (EB 13, S. 234). Die letzte Bemerkung ist eine Anspielung auf Wilhelm Snells Alkoholo-

Schriften als „fremde Vögel“ (EB 18, S. 300), „fremde Taugenichtse“ (EB 17, S. 299), „fremde Wühler“ (EB 13, S. 330) oder „fremde Schlingel“ (VIII, S. 412).³⁰

Gotthelf fordert einen „christlichen Staat“, der das Treiben der Rechtsagenten abstellt und die „juridischen Nebel“ zerstreut (XIV, S. 167; vgl. auch XV, S. 135).³¹

II. Quellenlage³²

Bis heute massgebend ist die 42bändige, seit Jahren vergriffene³³, zwischen 1911 und 1977 von Rudolf Hunziker, Hans Blösch³⁴, Kurt Guggisberg und Werner Juker³⁵ edierte Werkausgabe (SW), die sog. „Rentsch-Ausgabe“³⁶.

lismus. – In der 2. Aufl. der „Armennot“ (1851) erachtete es Gotthelf als nötig, einzufügen, die Jünger der „Jungen Rechtsschule“ würden „auf gar nichts sehen als auf die Parole der propagandistischen Führer und die Lüste des eignen Fleisches“ (XV, S. 126) (Werner Hahl, Jeremias Gotthelf – der „Dichter des Hauses“, S. 286, Anm. 38).

³⁰ Andreas Kley (Fn 9), S. 227; Rainer Christoph Schwinges, *Fremde Schlingel – Brave Leute. Deutsche Flüchtlinge im Bern des 19. Jahrhunderts*, in: Peter Martig (Hg.), *Berns moderne Zeit. Das 19. und 20. Jahrhundert neu entdeckt*, Bern 2011, S. 56.

³¹ Josef Maybaum (Fn 8), S. 111.

³² Zum Verlauf des Editionsprojekts und zum Editionsplan siehe die website des Projektteams "Jeremias Gotthelf: Historisch-kritische Edition": <http://www.gotthelf.unibe.ch>. Vgl. Franzisca Pilgram-Frühauf, 100 Jahre „Sämtliche Werke“ von Jeremias Gotthelf. Familienausgabe oder historisch-kritische Edition?, in: *Berner Zeitschrift für Geschichte* 75/2 [2011], S. 3-31.

³³ Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann, Vorwort, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), *Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe* (Beihefte zu editio, hg. von Winfried Woesler, Bd. 24), Tübingen 2006, S. VIII.

³⁴ Vgl. Charles Linsmayer, „Blösch [Bloesch], Hans“, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* (HLS), Version vom 11. Februar 2005, URL: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D28187.php>.

³⁵ Vgl. Karin Marti-Weissenbach, „Juker, Werner“, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* (HLS), Version vom 9. Februar 2007, URL: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D12014.php>.

³⁶ Jeremias Gotthelf, *Sämtliche Werke* in 24 Bänden (und 18 Ergänzungsbänden). In Verbindung mit der Familie Bitzius u. mit Unterstützung des Kantons Bern hg. von Rudolf Hunziker/Hans Blösch/Kurt Guggisberg/Werner Juker, Erlenbach-Zürich: Rentsch 1921-1977. Als unbestreitbarer Initiator dieser Gotthelf-Ausgabe gilt Carl Albert Loosli (Fredri Lerch/Erwin Marti, Editorial, in: Carl Albert Loosli, *Gotthelfhandel. Werke*, Band 4: *Literatur und Literaturpolitik*, hg. von Fredri Lerch und Erwin Marti, Zürich 2007, S. 20). Beim zuerst erschienenen Band VII („Geld und Geist“, 1911) zeichnete er noch als Mitherausgeber (Fredri Lerch/Erwin Marti, Editorial, S. 20, Anm. 5). Nach jahrelangen Bemühungen hatte er einen Verleger gefunden und

Die Romane bilden darin nicht nur quantitativ den weitaus gewichtigsten Teil von Gotthelfs Werk: in der Gesamtausgabe SW umfassen sie 6'248 Druckseiten, während die 51 Erzählungen nur 2'977 Druckseiten ergeben.³⁷

1911 den Vertrag mit Eugen Rentsch abgeschlossen. Anschliessend wurde er von den Gotthelf-Erben zusammen mit universitär ausgebildeten Philologen gezwungen, als Herausgeber zurückzutreten. Dieser Rücktritt im Sommer 1912 war für Loosli nicht nur äusserst verletzend, er schädigte ihn auch materiell (Fredri Lerch/Erwin Marti, Editorial, S. 20). Vgl. Loosli an Cécile von Rütte-Bitzius, 25. Aug. 1911, in: Carl Albert Loosli, Gotthelfhandel, hg. von Fredri Lerch und Erwin Marti, Zürich 2007, S. 40-55. Daraufhin behauptete Loosli in einem Zeitungsartikel, hinter dem Pseudonym „Jeremias Gotthelf“ verberge sich neben dem Pfarrer Albert Bitzius auch der Bauer Johann Ulrich Geissbühler; dabei habe als eigentlicher Verfasser der Gotthelf-Werke Geissbühler zu gelten (Fredri Lerch/Erwin Marti, Editorial, S. 19). Vgl. Carl Albert Loosli, „Heimat und Fremde“ (Laupen), Nr. 5, 1. Feb. 1913: „Jeremias Gotthelf, ein literaturgeschichtliches Rätsel?“, in: Carl Albert Loosli, Gotthelfhandel, hg. von Fredri Lerch und Erwin Marti, Zürich 2007, S. 60-66. Innert weniger Wochen erschienen daraufhin über vierhundert Zeitungsartikel, deren Verfasser auf Looslis Behauptung teils gläubig, teils – im französischen Sprachraum – amüsiert, überwiegend jedoch empört reagierten. Unter Führung von „Bund“ und „Neuer Zürcher Zeitung“ wurde Looslis „Gotthelf-Scherz“ in eine Schandtat umgedeutet, die ihn „für immer aus der Reihe der ernst zu nehmenden Schriftsteller“ ausschliesse (Fredri Lerch/Erwin Marti, Editorial, S. 19). Vgl. Hans Trog, „Wissen und Leben“ (Zürich), 15. Feb. 1913: „Neues aus Bümpliz“, in: Carl Albert Loosli, Gotthelfhandel, hg. von Fredri Lerch und Erwin Marti, Zürich 2007, S. 90-97, hier: S. 93. Dazu: Stefan Humbel, In Scherz gekleidete Editions kritik. Carl Albert Looslis 'Gotthelfhandel', in: Quarto. Zeitschrift des Schweizerischen Literaturarchivs 28 (2009), S. 67-75. Looslis Werke stellen ebenso wie diejenigen Gotthelfs eine reiche Quelle für die Rechtsgeschichte dar. So schrieb er beispielsweise „Anstaltsleben. Betrachtungen und Gedanken eines ehemaligen Anstaltszöglings“ (1924) über Verdingkinder und Jugendrecht und „'Administrativjustiz' und Schweizerische Konzentrationslager“ (1939) über Strafrecht und Strafvollzug. Vgl. Ueli Mäder, Von der Resignation zur Empörung: Carl Albert Loosli und die Verdingkinder, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen 62/5 (2007), S. 255-262. – Zur Geschichte der Gotthelf-Editionen: Alfred Reber, Gotthelf-Ausgaben seit 1854, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe, Tübingen 2006, S. 17-26; Alfred Reber, Jeremias Gotthelf – veralteter Moralist oder „Weltkulturerbe“?, in: Mitteilungen Sprachkreis Deutsch, Nr. 1/2005, S. 3-5; Barbara Berger Guigon/Geraldine Blatter, Auswahlbibliographie Jeremias Gotthelf, in: Heinz Ludwig Arnold (Hg.), Text + Kritik, Heft 178/179 (April 2008), S. 130f. – Zur Forschungsliteratur: Barbara Berger Guigon/Geraldine Blatter, Auswahlbibliographie Jeremias Gotthelf, in: Heinz Ludwig Arnold (Hg.), Text + Kritik, Heft 178/179 (April 2008), S. 131-141; umfassende Gotthelf-Bibliographie in: Walter Pape/Hellmut Thomke/Silvia Serena Tschopp, Erzählkunst und Volkserziehung. Das literarische Werk des Jeremias Gotthelf, Tübingen 1999, S. 345-388; Bee Juker/Gisela Martorelli, Jeremias Gotthelf 1797-1854. Bibliographie 1830-1975. Gotthelfs Werk – Literatur über Gotthelf (Kataloge der Berner Burgerbibliothek), Bern 1983.

³⁷ Pierre Cimaz, Jeremias Gotthelf (1797-1854). Der Romancier und seine Zeit. Aus dem Französischen von Hanns Peter Holl, Tübingen/Basel 1998 (Jeremias Gotthelf

Die bisher nicht edierten literarischen und nichtliterarischen Schriften Gotthelfs befinden sich im Nachlass Jeremias Gotthelfs in der Burgerbibliothek in Bern,³⁸ wovon Gotthelfs Korrespondenz einen grossen Teil ausmacht.³⁹ Weitere Schriftstücke der Familie Bitzios befinden sich im Familienarchiv von Rütte-Bitzios. Die Gesamtausgabe enthält bloss eine Auslese der amtlichen Schreiben, beispielsweise der Chorgerichtsmanuale und Visitationsberichte.⁴⁰ Die edierte Korrespondenz⁴¹ und die amtlichen Dokumente

[1797-1854]. Le romancier et son temps, Habilitationsschrift an der Sorbonne [Thèse], Paris 1979), S. 11. Diese Zählung stammt aus der Arbeit von Wolfgang Mieder, *Das Sprichwort in der deutschen Prosaliteratur des 19. Jahrhunderts*, München 1976 (Pierre Cimaz, Jeremias Gotthelf, S. 11, Anm. 1). Gotthelf schrieb insgesamt 13 Romane und zwischen 50 und 70 Erzählungen; die Anzahl der Erzählungen hängt davon ab, ob man die Erzählungen, von denen es zwei Fassungen gibt, doppelt zählt oder nicht (Hanns Peter Holl, „Jakobs Wanderungen“. Ein unbekannter Roman von Jeremias Gotthelf, in: *Alpenhorn-Kalender* 72 [1997], S. 88).

³⁸ Vgl. <http://www.burgerbib.ch/d/portrait/portrait.html>. Dazu: Denise Wittwer Hesse, „Unaufhörlich drängt sein Arbeitsdurst...“ Der Nachlass Jeremias Gotthelfs in der Burgerbibliothek Bern, in: *Der kleine Bund*, 4. Okt. 1997, S. 10.

³⁹ Zur Quellenlage bis dato: EB 18, S. 309-339, verzeichnet die im Gotthelf-Archiv verwahrten, nicht in den SW abgedruckten Briefe. Zu den in den SW nicht enthaltenen Teilsammlungen und einzeln publizierten Briefe: Bee Juker/Gisela Martorelli, *Jeremias Gotthelf 1797-1854. Bibliographie 1830-1975. Gotthelfs Werk – Literatur über Gotthelf* (Kataloge der Berner Burgerbibliothek), Bern 1983, S. 266-276.

⁴⁰ Werner Juker, Vorwort, in: EB 18 (1977), S. 9. Vgl. die wenigen edierten Chorgerichtsmanuale und Visitationsberichte in: EB 11 (1959).

⁴¹ Gotthelf hat eine ungemein umfangreiche Korrespondenz geführt, in der die amtliche einen sehr grossen Platz einnimmt: EB 4-9: Briefe. Bearb. von Kurt Guggisberg u. Werner Juker: EB 4: Briefe I (1813-1838). 1948; EB 5: Briefe II (1839-1843). 1949; EB 6: Briefe III (1844-1846). 1950; EB 7: Briefe IV (1847-1849). 1951; EB 8: Briefe V (1850-1852). 1952; EB 9: Briefe VI (1853-1854). 1954; EB 18: Briefe 1825-1853. Auf folgende Gesetze bzw. Rechtsprobleme wird in Gotthelfs Briefwechsel Bezug genommen (EB 9, S. 339-350): Armenordnung (Verordnung über die Besorgung der Armen 1807): EB 4, S. 237, 240; Gemeindegesetz (Gesetz über die Organisation und die Geschäftsleitung der Gemeindebehörden 1833): EB 4, S. 148f.; Gesetz über das Armenwesen 1847: EB 7, S. 119, 142, 153A; Gesetz über das Vergehen gegen Behörden und Beamten 1832: EB 5, S. 245; Gesetz über den Bau und Unterhalt der Strassen (Entwurf 1849): EB 7, S. 272; Gesetz über die Strassenpolizei 1834: EB 6, S. 80, 100; Holzgesetz (Polizeivorschriften über Holzschläge und Flössungen 1824): EB 5, S. 49; Bernische Kirchenverfassung: EB 6, S. 301; EB 7, S. 43, 142, 168, 177; EB 8, S. 94; Predigerordnung 1824: EB 4, S. 238; Pressegesetz 1852: EB 8, S. 306; Provisorisches Schulgesetz 1832: EB 4, S. 129f., 142; Schulgesetz 1835: EB 4, S. 149A, 192f., 203, 207f., 212, 215; EB 5, S. 54A, 161, 173, 237A, 238, EB 6, S. 57; Schulgesetz (Entwurf 1849): EB 7, S. 248, 272; Erneuerte Schulordnung 1720: EB 4, S. 193; Sekundarschulgesetz (Entwurf 1834): EB 4, S. 216; Bernisches Strafgesetzbuch: EB 6, S. 29A; Urheberrecht: EB 5, S. 353; EB 6, S. 276, 303; EB 8, S. 147f.; EB 9, S. 201, 206-209, 223; Bernischer Verfassungsentwurf: EB 4, S. 107, 110; EB 5, S. 306; Bernische Verfassungsrevision: EB 6, S. 268, 306; Armenwesen/Armen-

finden sich in den Ergänzungsbänden (EB) der Gesamtausgabe. Die Predigten, Kalenderschriften, Zeitungsartikel und schulreformerischen Schriften sind in der Gesamtausgabe teils nur in Auszügen, teils noch gar nicht ediert. Von Gotthelfs handschriftlich überlieferten Predigten etwa wurde dort nur ein wenig repräsentativer Bruchteil aufgenommen.⁴² Insgesamt liegen 356 Predigten, 12 Kasualreden und 81 Predigtfragmente handschriftlich vor, von denen weniger als ein Fünftel bislang durch Edition zugänglich gemacht worden ist.⁴³ Predigten in grosser Zahl hat Kurt Guggisberg in sein Buch „Jeremias Gotthelf, Christentum und Leben“ (1939)⁴⁴ aufgenommen.⁴⁵ Gleichwohl misst der 2009 verstorbene Literaturhistoriker Hanns Peter Holl, einer der besten Gotthelf-Kenner unserer Zeit, der sog. „Rentsch-Ausgabe“ hohe Quellenqualität bei: „Die grosse Gotthelf-Ausgabe ist von hochqualifizierten und sehr engagierten Leuten gemacht worden. Aber sie stammt natürlich aus einer viel älteren Zeit und beruht auf anderen Quellen und Methoden. Dennoch

verein: EB 5, S. 43f., EB 7, S. 153f., 229, EB 9, S. 137; Bettagsmandate/Proklamationen: EB 6, S. 310, 326, EB 7, S. 156, 185, 228f.; Dotationsstreit: EB 4, S. 148A, EB 8, S. 230A, 232A; Eidesunterweisung: EB 6, S. 291-295; Gewerbefreiheit: EB 4, S. 118, EB 6, S. 301; Kindsmord: EB 5, S. 245, 252, 259, EB 6, S. 35A, 40, 159; Kirche und Staat: EB 7, S. 40, 43f., 141, 158A; Kirchengüter: EB 5, S. 183-186, 247, EB 7, S. 158A, 159A, 163, 167f., EB 8, S. 253f.; Bernische Kirchensynode: EB 5, S. 121-140, 146-148, 314, EB 6, S. 167, 301, EB 7, S. 44, EB 8, S. 94, EB 9, S. 72; Kulturfreiheit: EB 6, S. 301; Petitionsrecht: EB 4, S. 96f.; Todesstrafe: EB 6, S. 29A, 35A, 159; Totbeten: EB 4, S. 224; Verfassungsrat: EB 4, S. 102f., 105-109, EB 6, S. 268, 272, 296, 301, 306. Freilich: Die Gesamtausgabe SW enthält nur eine Auslese dieser amtlichen Schreiben (Werner Jucker [Fn 40], S. 9). EB 18, S. 309-339, verzeichnet die im Gotthelf-Archiv verwahrten, nicht in den SW abgedruckten Briefe. Zu den in den SW nicht enthaltenen Teilsammlungen und einzeln publizierten Briefen: Bee Jucker/Gisela Martorelli, Jeremias Gotthelf 1797-1854. Bibliographie 1830-1975. Gotthelfs Werk – Literatur über Gotthelf, Bern 1983, S. 266-276.

⁴² Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Fn 33), S. VIII f.

⁴³ Stefan Humbel/Christian von Zimmermann, Vorbemerkung zu Albert Bitzium, „Gott will nicht, dass es bey dem Alten bleibe...“. Lützelzüflüher Predigt über Eph. 2.19-22, 31. Juli 1831, hg. von Stefan Humbel/Christian von Zimmermann, in: Heinz Ludwig Arnold (Hg.), Text + Kritik, Heft 178/179 (April 2008), S. 79. Vgl. die bisherigen Predigteditionen von Kurt Guggisberg in: EB 3 (1944), 16 (1962) und 17 (1969). Gemäss Bee Jucker und Gisela Martorelli sind von den im Gotthelf-Archiv (in der Burgerbibliothek Bern als Teil der Universitätsbibliothek Bern) vorhandenen 430 Predigtentwürfen und -fragmenten in EB 3, 16 und 17 nur 116 ganz oder teilweise gedruckt worden (Bee Jucker/Gisela Martorelli, Jeremias Gotthelf 1797-1854. Bibliographie 1830-1975. Gotthelfs Werk – Literatur über Gotthelf [Kataloge der Berner Burgerbibliothek], Bern 1983, S. 263).

⁴⁴ Kurt Guggisberg, Jeremias Gotthelf. Christentum und Leben, Zürich/Leipzig 1939.

⁴⁵ Bee Jucker/Gisela Martorelli (Fn 43), S. 263. Detailliert zu den in der Eugen Rentsch-Ausgabe aufgenommenen Gotthelf-Predigten (EB 3, 16 und 17): Bee Jucker/Gisela Martorelli (Fn 43), S. 263. – Zu den einzeln publizierten Gotthelf-Predigten: Bee Jucker/Gisela Martorelli (Fn 43), S. 263-265.

finde ich, dass diese Ausgabe noch längst nicht ausgeschöpft ist. In diesen Anmerkungsbänden ist noch so viel drin, und da gibt es ganze Teile, die überhaupt noch nie jemand gelesen hat. Zudem erübrigt sich die Frage nach einer Neuauflage ohnehin, weil dafür schlicht kein Geld vorhanden ist.“⁴⁶

Seit 2004 läuft das Editionsprojekt am Institut für Germanistik an der Universität Bern.⁴⁷ In den nächsten 30 Jahren (ab 2005) sollen mindestens 67 Bände publiziert werden, die erstmals das Gesamtwerk von Albert Bitzius/Jeremias Gotthelf im Originalwortlaut, in der ursprünglichen Schreibweise und in sämtlichen überlieferten Fassungen präsentieren.⁴⁸ Das Gesamtwerk wird in folgenden Abteilungen gruppiert, die in sich chronologisch geordnet sind: A) Romane, B) Erzählungen, C) „Bilder und Sagen aus der Schweiz“, D) „Neuer Berner Kalender“⁴⁹, E) Predigten, Visitationen, Pastoraltheolo-

⁴⁶ Charles Linsmayer/Hans Peter Holl, „Gotthelfs Bücher sind Sprengstoff genug...“. Charles Linsmayer im Gespräch mit Hanns Peter Holl, in: Emil O. Bohnenblust/Fritz von Gunten/Gerhard Schütz (Hgg.), Gotthelf – Augenblicke, Münsingen–Bern 1997, S. 78.

⁴⁷ 2004 hatte der Grosse Rat des Kantons Bern 6 Millionen Franken für eine historisch-kritische Gesamtausgabe des Werks von Jeremias Gotthelf bewilligt. – Zum Projektbeginn siehe das Rundschreiben Frühjahr 2006 des Vereins Gotthelf-Stube 3432 Lützelflüh, S. 1.

⁴⁸ Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Fn 33), S. XI. Zum Verlauf des Editionsprojekts und zum Editionsplan siehe die website des Projektteams "Jeremias Gotthelf: Historisch-kritische Edition": <http://www.gothelf.unibe.ch>. Es wird dabei auch die Mitgliedschaft Gotthelfs im Schweizerischen Zofingerverein, insbesondere seine Rolle bei der Gründung desselben, thematisiert: Marianne Derron Corbellari, Jeremias Gotthelfs „Patriae, Amicitiae, Litteris“, in: Zofinger Centralblatt 150/1 (2009), S. 69-73. Vgl. dazu das Porträt Gotthelfs in: Horst Grimm/Leo Besser-Walzel, Die Corporationen. Handbuch zu Geschichte, Daten, Fakten, Personen, Frankfurt a.M. 1986, S. 248 unten, in dessen Legende untypischerweise – neben „Uli der Knecht“ – die „Erlebnisse eines Schuldenbauers“ angegeben werden.

⁴⁹ Vgl. Christian von Zimmermann, Geistliche Rede – weltliche Predigt. Ausblick auf die Edition der Predigten und Kalenderschriften, S. 27-45; Ulrike Landfester, „...was sich sonst gar nicht mitteilen lässt“. Perspektiven einer elektronischen Edition von Jeremias Gotthelfs Kalenderschriften, S. 47-57, beide in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe, Tübingen 2006; Barbara Berger-Guigon/Christian von Zimmermann, Die Sprache des Kalendermanns: Zur Kommentierungspraxis der „Historisch-kritischen Gesamtausgabe“ (HKG) der Werke von Jeremias Gotthelf, in: Schweizerische Akademie für Geistes- und Sozialwissenschaften (Hg.), Das Idiotikon: Schlüssel zu unserer sprachlichen Identität und mehr (Frühjahrestagung der Schweizerischen Akademie für Geistes- und Sozialwissenschaften, Zürich, 24. April 2008), Bern 2008, S. 67-80. Vgl. weiter: Alfred Messerli, Leser und das Lesen im Kalender. Der „Neue Berner Kalender“ unter Gotthelfs Redaktion, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann/Sara Margarita Zwahlen (Hgg.), Jeremias Gotthelf, der Querdenker und Zeitkritiker, Bern 2006, S. 213-231.

gie⁵⁰, F) Publizistik und schulische Amtsschreiben⁵¹, G) Briefwechsel⁵², H) Selbstzeugnisse und Frühschriften, I) Amtliche Schriften.⁵³ Die ersten fünf bis acht Bände der Gotthelf-Ausgabe werden voraussichtlich 2012 im Georg Olms-Verlag in Hildesheim erscheinen.⁵⁴

Im Weiteren soll in Lützelflüh, am Wirkungsort des Pfarrers und Schriftstellers, ein Gotthelf-Zentrum entstehen.⁵⁵

III. Wilhelm Snells Rechtsstaatsidee als Angriffsobjekt in Gotthelfs Kampf für den „christlichen Staat“

„Denn merke wohl, auf Erden gibt es nur zwei Rechte, erstlich das Recht Gottes und das Recht des Stärkeren, alles andere ist Larifari und eitel Geschwätz“ (IX, S. 253).

Gotthelf begreift den radikalen Rechtsstaat als Staat, aus dem der christliche Sinn entschwunden ist, als Staat voll Rechtsgelehrter und Rechtshändler

⁵⁰ Vgl. Christian von Zimmermann, Geistliche Rede – weltliche Predigt. Ausblick auf die Edition der Predigten und Kalenderschriften, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe, Tübingen 2006, S. 27-45.

⁵¹ Vgl. Jürgen Donien, Zur Editionsfrage von Albert Bitziums Zeitungsbeiträgen, S. 59-65; Barbara Mahlmann-Bauer, Jeremias Gotthelf und die Berner Presse, S. 73-76 („Zur Überlieferung der Zeitungsartikel von Albert Bitziums“), beide in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe (Beihefte zu editio, hg. von Winfried Woesler, Bd. 24), Tübingen 2006.

⁵² Vgl. Hellmut Thomke, Probleme und Kommentierung von Gotthelfs Briefwechsel. Der Briefbestand und die unbefriedigenden Kriterien der Auswahl, Wiedergabe und Kommentierung in den vorliegenden Editionen, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe, Tübingen 2006, S. 115-122. – Zur Quellenlage bis dato: EB 18, S. 309-339, verzeichnet die im Gotthelf-Archiv verwahrten, nicht in den SW abgedruckten Briefe. Zu den in den SW nicht enthaltenen Teilsammlungen und einzeln publizierten Briefe: Bee Jucker/Gisela Martorelli (Fn 43), S. 266-276.

⁵³ Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Fn 33), S. XI.

⁵⁴ Fredi Lerch, Gotthelf-Nachfahren hält Tausende Texte unter Verschluss, in: Tages-Anzeiger (TA), 7. Dezember 2010, S. 35.

⁵⁵ Dazu hat der Grosse Rat des Kantons Bern im November 2010 3,3 Millionen Franken bewilligt. Die 2006 gegründete Jeremias-Gotthelf-Stiftung wird mit diesem Betrag das heute leerstehende Pfarrhaus von Lützelflüh erwerben, sanieren und zum Museum umbauen. In diesem Pfarrhaus lebte Gotthelf von 1832 bis zu seinem Tod im Jahr 1854.

(XIII, S. 103). Der sog. Rechtsstaat bedeute willkürliche und grundsatzlose Gesetzgebung und Rechtsprechung, beständige Gesetzesänderungen und heimliche Machenschaften zwischen Richtern und ausbeutenden Advokaten (vgl. XIII, S. 105).⁵⁶ „Man will weg mit dem Christentum“, so Gotthelfs Befürchtung, „man will abschaffen den christlichen Staat mit allem, was ihm angehört, man will weg mit der Unsterblichkeit, man will fleischlich leben für diese Welt. Advokaten soll man mästen, sie wollen die Herrgötter sein, wollen die Regenten sein des sogenannten Rechtsstaates, wie es in den Verfassungsblättern heisst, und neben ihnen hat Gott nicht Platz, meinen sie, und so wird es auch sein“ (XIII, S. 569).

Die Geschichte von der Reformation bis zur Gegenwart ist für Gotthelf nichts als ein langer Prozess der Stärkung des Staates.⁵⁷ Gotthelf verabscheut den seiner Meinung nach zum Götzen, zum Selbstzweck gewordenen Staat,⁵⁸ die in der Theorie gegründeten Staatssysteme sind für ihn leere juristische Begriffskonstruktionen ohne Leben.⁵⁹ Er spricht von der „Überhebung des Staates“⁶⁰, welche die „junge Schule“ der „jungen radikalen Juristen“ zur

⁵⁶ Paul Baumgartner (Fn 25), S. 167. Vgl. die diesbezüglichen Auseinandersetzungen im „Schuldenbauer“ (Paul Baumgartner [Fn 25], S. 167, Anm. 2).

⁵⁷ Statt vieler: Christina Schmid-Tschirren, Von der Säkularisation zur Separation. Der Umgang des Staates mit den Kirchengütern in den evangelisch-reformierten und paritätischen Kantonen der Schweiz im 19. Jahrhundert, Zürich/Basel/Genf 2011; Bernd Roeck, Gott und Macht – Staat und Kirche. Zur Geschichte einer schwierigen Symbiose (Vontobel-Schriftenreihe Nr. 1910), Zürich 2009; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Der säkularisierte Staat. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert (Carl Friedrich von Siemens Stiftung, Reihe „Themen“, Bd. 86), München 2007, S. 43-72 (zuerst in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Erweiterte Ausgabe, Frankfurt a.M. 2006, S. 92-114); Diethelm Klippel (Hg.), Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts (17.-19. Jahrhundert) (Schriften des Historischen Kolloquiums 57), München 2006; ders., „Natürliches Kirchenrecht“. Das Verhältnis von Staat und Kirche im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 24/1 (2002), 35-51. – Allgemein zum Verhältnis zwischen geistlicher und kirchlicher Macht: Marcel Senn, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4., neubearb. und erw. Aufl., Zürich 2007, S. 49-78, bes. S. 69-75; Stefan Weinfurter, Canossa. Die Entzauberung der Welt, 3. Aufl., München 2007; Johannes Fried, Das Mittelalter. Geschichte und Kultur, 4. Aufl., München 2009; Wolfgang Reinhard, Geschichte des modernen Staates. Von den Anfängen bis zur Gegenwart, München 2007; ders., Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, 3. Aufl., München 2003; Hagen Schulze, Staat und Nation in der europäischen Geschichte, 2. Aufl., München 2004.

⁵⁸ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 21.

⁵⁹ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 17.

⁶⁰ In seiner Erzählung „Dursli der Brantweinsäufer“ von 1839 schreibt Gotthelf: „Wer weiss, ob nicht in Meere von Blut die Vernachlässigung des einzelnen über die Über-

„dummen Rednerei“ veranlasst habe, kein „christlicher, sondern ein Rechtsstaat sein zu wollen“ (XIII, S. 103).⁶¹ In einem solchen Juristenstaat trieben die Juristen Abgötterei mit ihren eigenen Gesetzen, um die menschlichen Schwächen durch Gesetze zu schützen (so etwa VIII, S. 95). Sie hielten sich für die Träger und Verwalter der Gerechtigkeit, verdeckten aber das Recht mit Unmengen von Formen. Sie beabsichtigten sogar, Gottes Gerechtigkeit zu übertrumpfen. Um einen Gewaltmissbrauch der Regierung zu verhindern, nähmen sie ihr alle Gewalt weg (XIV, S. 165f.). Infolge des aufgeblähten Beamtenapparats und des juristischen Formalismus⁶² könne der Staat seine wirklichen Aufgaben kaum noch wahrnehmen.⁶²

Gerade in dem durch die Gotthelf-Forschung bisher wenig berücksichtigten Spätwerk (1845-1854) betont Gotthelf häufig, wie sehr beispielsweise die Bauern in Prozessen auf betrügerische Advokaten angewiesen seien, die sie ausnützten und über hohe Gebühren und Verschleppungstaktiken in den finanziellen Ruin und Verlust des Hofes trieben.⁶³ Oft spielt Gotthelf in seinen Werken auf die richterlichen Behörden und die zeitgenössische Rechtspflege an.⁶⁴ „Durch das Gesetz ist es den Richtern möglich, Recht und Unrecht zu verkehren, was sie auch weidlich ausnützten“ (XIII, S. 104).

A. Wilhelm Snells Rechtsstaatsidee unter dem Einfluss Immanuel Kants und dessen Legalitätsprinzips

Der Snellsche Staat ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen, „eine – so die Formulierung Wilhelm Snells in seinen 1857

hebung des Staates als eine weltgeschichtliche Torheit eingegraben wird und zwar bald?“ (XVI, S. 127f.). Vgl. auch XIII, S. 129ff.

⁶¹ Friedrich Weber, Das Recht in Gotthelfs Erzählungen, Diss. iur., Basel 1945, S. 31. Zur „Überhebung des Staates“: Hegel schreibt in seiner „Philosophie des Rechts“: „Staaten sind vollkommen selbständige Totalitäten an sich (...)“ (§ 330). Und weiter: „Der Staat hat ein besonderes Selbstbewusstsein“ (§ 258). Beide Zitate aus: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen, hg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Frankfurt a.M. 1976 [zuerst: Berlin 1821].

⁶² Josef Maybaum (Fn 8), S. 111.

⁶³ Christian Thommen, Jeremias Gotthelf und die Juden (Zürcher germanistische Studien, Bd. 27), Diss. phil. (Zürich), Bern/Berlin/Frankfurt a.M./New York/Paris/Wien 1991, S. 86; Gerhard Gey, Die Armenfrage im Werk Jeremias Gotthelfs. Zu einer Frühform christlichen sozialpolitischen und sozialpädagogischen Denkens und Handelns, Münster/Hamburg 1994 (zugl. Diss. phil. der Universität Trier) S. 157.

⁶⁴ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 166. Zu Gotthelfs Ansichten über die patrizischen Oberamtleute: Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 63.

erschienenen „Vorlesungen über Naturrecht“⁶⁵ – organisierte Gesellschaft für die Verwirklichung der Rechtsidee“, er hat nicht nur „in seiner Form die Rechtlichkeit, sondern zu seinem Zwecke das Recht selbst“.⁶⁶

Dieser Staat beruht auf der Selbstbestimmung der Nation und der Rechtsgleichheit der Bürger; im Gegensatz zu ihm steht der Staat, „wo die öffentliche Gewalt nicht in den Händen der Nation, sondern ganz oder teilweise in den Händen eines davon getrennten Oberhauptes liegt, sei es nun eines einzelnen Menschen (Monarchie), oder einer Mehrheit, einer Korporation, eines Standes, einer einzelnen Klasse oder Abteilung von Bürgern (Aristokratie), beides entweder in reiner oder in theokratischer Form“.⁶⁷

Ausgangspunkt der Rechtsstaatsidee ist die menschliche Vernunft. Leitend ist der Gedanke, dass der Mensch die Gesetze der Moral und des Rechts kraft seiner Vernunft erkennen könne. „Ewig, unveränderlich, wie die Naturgesetze, sind auch die Gesetze der Vernunft, die Gesetze der Moral und des Rechts.“ Dieser Satz, dem „Naturrecht“ als Motto vorangestellt, lässt die geistige Verbundenheit Snells mit dem Rationalismus klar erkennen.⁶⁸

„Ja, der Mensch kann“, so Wilhelm Snell, „sogar von seinem Rechte einen solchen Gebrauch machen, welcher unmoralisch ist, und woran ihn doch Niemand hindern kann, wenn nur jener Gebrauch dem Rechtsgesetz nicht widerspricht; so z.B. der Gläubiger, der den unzahlfähigen Schuldner mit Härte betreibt, der Geizige, der die Leiden seines Nächsten nicht fühlt und lindert, der Verschwender, der sein Vermögen mit sinnlicher Lust verschleudert, aber jedes patriotische Opfer scheut, der Träge, der seine ausgezeichneten Talente nicht zum Besten des Vaterlandes gebraucht. Die Moral selbst verwirft einen solchen Zwang, weil sie ihre Gebote nicht durch Gewalt erzwingen, sondern durch freie Achtung und Liebe den Menschen zum Guten zu bestimmen sucht. Ohnehin könnte durch Zwang und Furcht nur eine

⁶⁵ „Naturrecht nach den Vorlesungen von Dr. Wilhelm Snell“, hg. von einem Freunde des Verewigten, Langnau 1857 (Reprint der Elibron Classics series der Adamant Media Corporation, New York 2008).

⁶⁶ Fernando Garzoni, Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts (unter Berücksichtigung der Entwicklung im englischen, nordamerikanischen, französischen und deutschen Staatsdenken), Diss. iur., Zürich 1952, S. 126f. Vgl. Wilhelm Snell (Fn 65), S. 199, 219. Vgl. im Weiteren: Wilhelm Snell (Fn 65), S. 27, 193ff.; Fernando Garzoni, Die Rechtsstaatsidee, S. 74ff. (4. Kap.: Die Rechtsstaatsidee in Deutschland: I. Kant; II. Humboldt; III. Der junge Fichte; IV. Rotteck und Welcker; V. Von Mohl; VI. Stahl, Bähr und Gneist; VII. Gierke).

⁶⁷ Wilhelm Snell (Fn 65), S. 223.

⁶⁸ Fernando Garzoni (Fn 66), S. 125. Vgl. die Kritik der Kantischen Unterscheidung von Moral und Recht bei Heinrich Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 2. Aufl., München 1947, S. 102ff.

Scheinheiligkeit erzeugt werden, nicht die Veredlung des innern Menschen.⁶⁹

Einig sind sich die Juristen Alfred Kölz⁷⁰, Fernando Garzoni⁷¹ und Hans Ulrich Dürrenmatt⁷² in ihrer Beurteilung der wissenschaftlichen Qualität von Snells „Vorlesungen über ‚Naturrecht‘“⁷³. Kölz hält dieselben für „etwas platt und lehrhaft“, sie würden „sich kaum (...) unterscheiden (...) von den damals zahlreich erschienenen Naturrechtslehrbüchern.“⁷⁴ Ähnlich stellte bereits vierzig Jahre zuvor Garzoni fest, die „Darstellung“ des „‚Naturrechts‘“ sei „nicht gerade originell, aber umfassend“,⁷⁵ ohne sich dabei auf Hans Ulrich Dürrenmatt zu beziehen, der sich kurz zuvor in seiner rechtshistorischen Gotthelf-Dissertation von 1947 über Wilhelm Snell geäußert hatte: „Eigentlich neue originelle Rechtsgedanken hatte er nicht geprägt.“⁷⁶ So ist Munzinger zuzustimmen, der feststellt, dass die Rechtswissenschaft Wilhelm Snell wenig zu verdanken habe: „(...) Sein Naturrecht hat nicht grossen wissenschaftlichen Werth; es ist aber ein von Seherblick zeugendes Programm für die Zukunft des schweizerischen Staats- und Rechtslebens.“⁷⁷ Immerhin nennt, so man dem vermutlichen Autor Ludwig Snell glauben will,⁷⁸ der Jurist Karl Mittermaier, Lehrer Eduard Blöschs, der ebenfalls das solothurnische Hypothekargesetz des mit Gotthelf befreundeten Johann Baptist Reinert

⁶⁹ Wilhelm Snell (Fn 65), S. 38.

⁷⁰ Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992.

⁷¹ Fernando Garzoni, *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts (unter Berücksichtigung der Entwicklung im englischen, nordamerikanischen, französischen und deutschen Staatsdenken)*, Diss. iur., Zürich 1952.

⁷² Hans Ulrich Dürrenmatt, *Die Kritik Jeremias Gotthelfs am zeitgenössischen bernischen Recht*, Diss. iur., Bern 1947.

⁷³ „Naturrecht nach den Vorlesungen von Dr. Wilhelm Snell“, hg. von einem Freunde des Verewigten, Langnau 1857 (Reprint der Elibron Classics series der Adamant Media Corporation, New York 2008).

⁷⁴ Alfred Kölz, *Der Verfassungsentwurf von Ludwig Snell als Quelle der Regenerationsverfassungen*, in: ders., *Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat. 1789–1798–1848–1998. Historische Abhandlungen*, Chur/Zürich 1998, S. 174, Anm. 8.

⁷⁵ Fernando Garzoni (Fn 66), S. 125.

⁷⁶ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 37. Umso erstaunlicher ist es, dass Snells „Naturrecht“ – als epigonales Opus – 2008 in den USA innerhalb der Elibron Classics series der Adamant Media Corporation, New York, als unveränderter Nachdruck erschien. Der Grund dafür, insbesondere für eine eventuelle Nachfrage bei Juristen, (Rechts)historikern und (Rechts)philosophen, entzieht sich meiner Kenntnis.

⁷⁷ Ferdinand Elsener (Fn 29), S. 304, Anm. 76. Vgl. Walter Munzinger, *Eine Studie über die Pflege der Jurisprudenz im alten und neuen Bern (Rektoratsrede)*, Bern 1866, S. 38ff.

⁷⁸ Vgl. Alfred Kölz (Fn 70), S. 210, der die Autorschaft Ludwig Snells von „Wilhelm Snell's Leben und Wirken“ (1851) vermutet.

von 1838 zu den drei besten Europas zählt,⁷⁹ Wilhelm Snells Schrift über das Untersuchungsverfahren ein „klassisches Werk“.⁸⁰

Am nächsten stehen Snells „Vorlesungen über Naturrecht“⁸¹ den Naturrechtslehren der Juristen Karl von Rotteck und Heinrich Bernhard Oppenheim.⁸² Der grösste Einfluss auf Snells „demokratisches Naturrecht“ kommt von Immanuel Kant, daneben auch von Jean-Jacques Rousseau und Thomas Paine.⁸³ In Snells Lehre über das allgemeine Naturrecht vermischen sich Kantsche Ideen mit den Theorien der Naturrechtler des 17. und 18. Jahrhunderts.⁸⁴ Weitere Vorbilder für Wilhelm Snell sind Karl Heinrich Gros mit seinem „Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts“⁸⁵,⁸⁶ sein Lehrer an der Giessener Universität Karl Ludwig Wilhelm von Grolman⁸⁷,⁸⁸ und der Nassauische Oberappellationsgerichtspräsident

⁷⁹ Peter Walliser, Johann Baptist Reinert als Staatsmann und Gesetzgeber, in: Jurablätter. Monatsschrift für Heimat- und Volkskunde 11 (1949), S. 41.

⁸⁰ Ludwig Snell (vermutl.), Wilhelm Snell's Leben und Wirken. Von einigen Freunden dem Andenken des Verstorbenen gewidmet, Bern 1851, S. 36.

⁸¹ „Naturrecht nach den Vorlesungen von Dr. Wilhelm Snell“, hg. von einem Freunde des Verewigten, Langnau 1857 (Reprint der Elibron Classics series der Adamant Media Corporation, New York 2008).

⁸² Anton Scherer, Ludwig Snell und der schweizerische Radikalismus (1830-1850) (Zeitschrift für Schweizerische Kirchengeschichte, Beiheft 12), Freiburg Schweiz 1954, S. 158f.; Fernando Garzoni (Fn 66), S. 125.

⁸³ Ferdinand Elsener (Fn 29), S. 304, Anm. 75; Alfred Kölz (Fn 70), S. 485; Fernando Garzoni (Fn 66), S. 125. Zu Thomas Paine (1737-1809): Alfred Kölz (Fn 70), S. 78, Anm. 26.

⁸⁴ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 37. Vgl. Wilhelm Snell (Fn 65), S. 10ff., 25ff., 192ff., 233ff.

⁸⁵ Karl Heinrich Gros, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, 5., verbesserte Ausgabe, Stuttgart/Tübingen 1829.

⁸⁶ Dian Schefold, Volkssouveränität und repräsentative Demokratie in der schweizerischen Regeneration 1830-1848 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft. 76), Diss. iur., Basel/Stuttgart 1966, S. 112, Anm. 14. Dazu: Wilhelm Snell (Fn 65), S. Vlf., 169 und Anm. dazu.

⁸⁷ Karl Ludwig Wilhelm von Grolman (1775-1829), Giessener Professor der Jurisprudenz, regierte von 1819/20 bis 1829 als Ministerpräsident das Grossherzogtum. Er schuf die als Kompromiss erstellte Verfassung (1820) und reformierte die Bürokratie, um aus dem hessischen Land einen Staat zu machen, und war Mitgründer des preussisch-hessischen Zollvereins von 1828. An der Universität Giessen war Grolman schon mit 20 Jahren Privatdozent, mit 23 Jahren Extraordinarius und mit 25 Jahren Ordinarius (Peter Moraw, Kleine Geschichte der Universität Giessen, 2. Aufl., Giessen 1990, S. 126f.). Zu Karl Ludwig von Grolman: Barbara Dölemeyer, „Grolman, Karl Ludwig Wilhelm von (1775–1829)“, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) II (2010), Sp. 562f.; Jan Schröder, „Karl Ludwig von Grolman (1775-1829)“, in: Gerd Kleinheyder/Jan Schröder (Hgg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 4., neubearb. u. erw. Aufl., Heidelberg 1996, S. 172-176.

Ludwig Harscher von Almendingen (1766-1827) in Dillenburg. Von Grolman und von Almendingen sind es auch, die Snell mit der Kantschen Philosophie bekannt machen.⁸⁹ Zudem ist Snell der Ratgeber Karl Follens (1796-1840)^{90, 91} Seit seiner Jugend war Snell auch ein Bewunderer der ersten Phase der Französischen Revolution und der Jakobiner gewesen.⁹²

B. Gotthelfs Negativvorstellungen von der Rechtsstaatsidee

Nach Gotthelfs Meinung ist ein Staat, der sich auf das Vernunftrecht gründet, „eine Dummheit“, ein „menschliches Ersinnen“ (IX, S. 219). Er nennt ihn „die legale Sanktion der Selbstsucht und das zersetzende, zerstörende Element der Gesellschaft“ (XIV, S. 383).⁹³

Gotthelf wendet sich gegen Wilhelm Snells naturrechtliche Philosophie, gegen sein „Naturvernunft“-Recht, welches er auf der „sittlichen Autonomie des Menschen“ aufbaut.⁹⁴ Snells Werke zitiert er fiktiv mit „Vide Singludis,

⁸⁸ Peter Moraw (Fn 87), S. 122. Wilhelm Snell war Grolmans Lieblingsschüler (Ludwig Snell [vermutl.] [Fn 80], S. 7).

⁸⁹ Ludwig Snell (vermutl.) (Fn 80), S. 7f.

⁹⁰ Karl Follen stammt aus einer Führungsfamilie Oberhessens, studierte in Giessen Theologie, später Jurisprudenz, wurde in Giessen, später in Jena, Privatdozent für Rechtswissenschaft. Er war Haupt der sogenannten Giessener Schwarzen (ein radikaler Club der Burschenschafter) und galt als geistiger Urheber des vom Studenten Karl Ludwig Sand (1795-1820) am Schriftsteller August von Kotzebue (1761-1819) verübten Mordes. Im Umkreis von Karl Follen träumte man von einer deutschen Republik nach französischem Vorbild. Im Zuge der Demagogenverfolgung im Deutschen Bund (1820) floh er in die Schweiz und wurde im selben Jahre Kantonsschullehrer in Chur. Später wanderte er in die Vereinigten Staaten aus. In den Jahren 1822-1824 wirkte der deutsche Flüchtling Karl Follen als Lektor an der Basler Juristenfakultät. Follen las, allgemein beliebt, über Pandekten, philosophische Rechtslehre, philosophisches Staatsrecht und Kirchenrecht. In Basel wurde „die Gründlichkeit seiner Kenntnisse und seine unverdrossene Tätigkeit für das Beste der Universität“ gerühmt, auch die „Zuverlässigkeit und Anspruchslosigkeit seines Charakters“ (Ferdinand Elsener [Fn 29], S. 437; Peter Moraw, *Gesammelte Beiträge zur deutschen und europäischen Universitätsgeschichte*, Leiden 2008, S. 262; Christophe Charle, *Vordenker der Moderne. Die Intellektuellen im 19. Jahrhundert*. Aus dem Französischen von Michael Bischoff, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2001, S. 86). – Zu August Follen (1794-1855) und Karl Follen: XXIII, S. 394; XXIV, S. 412; EB 13, S. 330; EB 14, S. 273, 281; EB 17, S. 297.

⁹¹ Peter Moraw (Fn 87), S. 122.

⁹² Alfred Kölz (Fn 70), S. 485. Vgl. Friedrich Meinecke, *Die deutschen Gesellschaften und der Hoffmannsche Bund. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Bewegungen in Deutschland im Zeitalter der Befreiungskriege*, Stuttgart 1891, S. 63f.

⁹³ Josef Maybaum (Fn 8), S. 111.

⁹⁴ Josef Maybaum (Fn 8), S. 31. Vgl. Wilhelm Snell (Fn 65), S. 4.

Schelmenrecht, Tom. VII., pag. 2999“, oder er schreibt:⁹⁵ „Snell (...) soll ein berüchtigtes Wettermännlein sein. Wo es sich zeigt, gibt's bald wüst Wetter. Warum aber die Weisheitsbünteln in Bern für s'Teufels Gewalt wüst Wetter wollen, das muss ich sie doch fragen (...)“ (XXIV, S. 328f.). „(...) sie [die Brüder Snell, Anm. M.L.] nennen sich Professoren, oder wenn sie nicht sind, so möchten sie es doch werden, (...) welche ärger lügen als der Teufel. Sie sind daran zu erkennen, dass sie gewöhnlich sogenanntes Naturrecht dozieren oder sogenannte Naturrechte prätendieren oder auch beides zugleich, und dass sie nachmittags nicht wissen, was sie vormittags doziert, und vormittags nicht, was sie nachmittags getrieben“ (XIII, S. 547).

1. Gotthelfs Ablehnung des Kantschen Vernunftverständnisses und Autonomiebegriffs

Gotthelf lehnt den Kantschen Autonomiebegriff entschieden ab.⁹⁶ Bereits in einem dem Zofingerverein vorgelegten Aufsatz vom 13. April 1819⁹⁷ schreibt Gotthelf ablehnend über Kants Vernunftverständnis:⁹⁸ „(...) Er [Kant, Anm. ML] hat Gott auf die Erde ziehen, in unserem praktischen Leben eine Rolle spielen lassen wollen, aber auf dieses Lebens Kampfplatz sei der Gedanke an Gottes Hilfe verbannt. Hier herrsche einzig des Menschen Kraft, die er die Fülle hat. (...)“⁹⁹ Gotthelf hat höchstwahrscheinlich Kants Schrift „Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft“ (1793/94) gelesen.¹⁰⁰ Da-

⁹⁵ Andreas Kley (Fn 9), S. 227.

⁹⁶ Gerhard Gey (Fn 63), S. 47.

⁹⁷ „Aufsatz von Albert Bitzios vom 13. April 1819 vorgelegt im Verein“, in: EB 12, S. 65-69. Der Aufsatz behandelt die Thematik des freien Willens.

⁹⁸ Hans Blösch, Aus Jeremias Gotthelfs Studentenzeit (Sonderdruck aus dem „Kleinen Bund“), Bern 1942, S. 21.

⁹⁹ EB 12, S. 67-69.

¹⁰⁰ Man weiss, dass der Grossvater von Gotthelfs Frau, der alte Pfarrer Fasnacht in Lützelflüh, bei dem Gotthelfs seine letzte Vikariatsstelle versah und dem er dann im Pfarramt nachfolgte, ein Kantleser und -verehrer war; das genannte Buch stand jedenfalls in seiner Bibliothek. Das Buch findet sich jetzt im Familienarchiv von Rütte-Bitzios. Für diese Angaben bedanke ich mich ganz herzlich bei Herrn Dr. phil. Alfred Reber. „Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft“ ist wichtig für die Staats- und Rechtsphilosophie (Regina Harzer, „Kant, Immanuel [1724-1804]“, in: Michael Stolleis [Hg.], Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, S. 346.). Die radikale Bosheit als eine Bestimmung des freien Willens des Menschen lässt sich für Kant nur durch eine „Revolution der Denkungsart“ überwinden, die nicht aufgrund übernatürlicher Gnade, sondern „durch eine einzige unwandelbare Entschliessung“ das objektive Sittengesetz anstelle der Selbstliebe zum obersten Grund seiner Maximen erhebt. Jesus ist für Kant das Ideal der moralischen Vollkommenheit und Vorbild derjenigen Gesinnung, welche das Sittengesetz vom Menschen fordert (Albrecht Beutel, Aufklärung in Deutschland, Göt-

rüber hinaus dürfte Gotthelf in seinem Göttinger Studienjahr (1821/22) gelegentlich Karl Friedrich Stäudlins¹⁰¹ Vorlesungen¹⁰² besucht haben, der sich von Kants Schriften massgeblich bestimmen liess.¹⁰³ In seinem Aufsatz „Das

tingen 2006, S. 336). Jesus ist in Kants Verständnis nicht mehr Christus, der Gottessohn. Der Mensch als sittliches Individuum kann sich nach Kants Auffassung in moralischen Belangen nicht vertreten lassen (Jan-Heiner Tück, Jesus – der Messias und Gottesknecht? Der Papst im Disput mit protestantischen Tübinger Theologen, in: Neue Zürcher Zeitung [NZZ], 28. Oktober 2010 [Nr. 251], S. 54). Vgl. Immanuel Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft, hg. von Karl Vorländer, Hamburg 1990, S. 52. Im Mittelpunkt von „Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft“ steht das „Reich Gottes“, dessen „Annäherung“ Kant in dem durch moralisch-vernünftige Interpretation herbeigeführten „allmähliche[n] Übergang des Kirchenglaubens zur Alleinherrschaft des reinen Religionsglaubens“ sieht (Marcel Senn, Die ästhetische Kirche als Ideal aller menschlichen Gesellschaft. Friedrich Hölderlins religiös-politische Utopie, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte [ZNR] 10/1/2 [1988], S. 44; Albrecht Beutel, Aufklärung in Deutschland, S. 336f.). Vgl. Immanuel Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft, hg. von Karl Vorländer, Hamburg 1990, S. 126. – Zur heutigen Diskussion über die Gottessohnschaft Jesu statt vieler: Peter Kuhn (Hg.), Gespräch über Jesus. Papst Benedikt XVI. im Dialog mit Martin Hengel und Peter Stuhlmacher, Tübingen 2010.

¹⁰¹ Karl Friedrich Stäudlin (1761-1826) schrieb u.a. folgende Werke: Lehrbuch der praktischen Einleitung in alle Bücher der heiligen Schrift, Göttingen 1826; Geschichte des Rationalismus und Supranaturalismus, Göttingen 1826; Neues Lehrbuch der Moral für Theologen, 1. Aufl. 1815, 2. Aufl. 1817, 3. Aufl. 1825. Vgl. Tim J. Hochstrasser, Natural law theories in the early Enlightenment, Cambridge 2000, S. 207-212. Für diese Angabe bedanke ich mich herzlich bei Herrn Prof. Dr. phil. John Christian Laursen, University of California, Riverside (USA). Vgl. George S. Williamson, Theophilanthropy in Germany: Enlightenment, Romanticism, and the question of liturgy, in: Zeitschrift für neuere Theologiegeschichte 9 (2002), S. 218-244. Für diese Angabe bedanke ich mich herzlich bei Herrn PD Dr. theol. Marcel Nieden, Augustana, Theologische Hochschule der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern.

¹⁰² Stäudlin las im Wintersemester 1821/22 Moral-Theologie und Allgemeine Geschichte der christlichen Kirche von dem ersten Anfange bis zum 18. Jahrhundert (Kurt Guggisberg, Gotthelfs Göttinger Jahr, in: ders. [Hg.], Jeremias Gotthelfs Reisebericht, Erlench-Zürich 1953, S. 155). Stäudlins Vorlesungen von 1821: 1.) „Die Moral-Theologie, Hr. Cons. R. Stäudlin, nach seinem ‚Neuen Lehrbuch der Moral für Theologen. Ausg. 2. Göttingen 1817‘ um 8 Uhr.“ 2.) „Hr. Cons. R. Stäudlin trägt die allgemeine Geschichte der Christlichen Kirche von dem ersten Anfange bis zu dem 18. Jahrhunderte, nach seinem Lehrbuche (Universalgeschichte der Christlichen Kirche, Ausg. 3. 1821), um 11 Uhr vor, und verbindet damit, in einer öffentlichen Vorlesung, nach demselben Lehrbuche, die neueste Kirchengeschichte vom Anfange des 18. Jahrhunderts bis auf die gegenwärtige Zeit“ (Göttingische gelehrte Anzeigen. Unter der Aufsicht der königl. Gesellschaft der Wissenschaften. Der dritte Band auf das Jahr 1821, 144. Stück. Den 8. September 1821, Göttingen 1821, S. 1427).

¹⁰³ Joachim Ringleben, Göttinger Aufklärungstheologie, in: Bernd Moeller (Hg.), Theologie in Göttingen. Eine Vorlesungsreihe (Göttinger Universitätschriften. Serie A: Schriften. Band 1), Göttingen 1987, S. 101. Das Christentum steht für Stäudlin über der Vernunft, und die christliche Ethik fällt nicht mit dem kategorischen Imperativ zu-

Gespräch der Reformatoren im Himmel“ (geschrieben 1828) beurteilt Gotthelf Stäudlin sehr negativ.¹⁰⁴

2. Die „schrakenloseste Freiheit“ der Französischen Revolution, die „Tyrannei des Unglaubens“ und „des Stärkeren Meisterschaft“

Gotthelfs Auffassung nach entspricht die Lehre Wilhelm Snells von der persönlichen Freiheit dem Grundsatz, dass der Stärkere Meister sei.¹⁰⁵

Indes hat sich Gotthelf, wie Hans Ulrich Dürrenmatt in seiner Dissertation „Die Kritik Jeremias Gotthelfs am zeitgenössischen bernischen Recht“¹⁰⁶ zurecht behauptet, mit Snells Lehre nicht eingehend befasst, da sie ihm viel zu kompliziert und abstrakt war.¹⁰⁷ Gotthelf hatte nämlich das weltliche Recht

sammen (Joachim Ringleben, Göttinger Aufklärungstheologie, S. 105). Allerdings betont Stäudlin oft die teilweise Übereinstimmung bzw. Vereinbarkeit des Standpunktes übernatürlicher Offenbarung mit den Ansprüchen der natürlichen Vernunft und behauptet die Überführbarkeit einer ehemals übernatürlich geoffenbarten in eine vernünftig einsehbare Religion (Joachim Ringleben, Göttinger Aufklärungstheologie, S. 105, Anm. 144). Vgl. Karl Friedrich Stäudlin, Ideen zur Kritik des Systems der christlichen Religion, Göttingen 1791, S. 193, 231, 244f. Im Unterschied zu Kant gründet Stäudlin die Gottesgewissheit von Christus und der Bibel her unmittelbar auf den Glauben (Joachim Ringleben, Göttinger Aufklärungstheologie, S. 105): „Ob er [Christus] also schon das Daseyn Gottes nicht als ein Resultat der praktischen Vernunft ansieht (...), so stimmt er doch in der Hauptsache mit den Resultaten der kritischen Philosophie über das Verhältnis der Moral zu der Religion überein“ (Karl Friedrich Stäudlin, Ideen zur Kritik des Systems der christlichen Religion, S. 154). Und Stäudlin weiter: „(...) alle wahre Aufklärung ging von Christi Lehre aus“ (Karl Friedrich Stäudlin, Ideen zur Kritik des Systems der christlichen Religion, S. 254). So äussert sich denn Stäudlin in den „Ideen zur Kritik des Systems der christlichen Religion“ zur göttlichen Offenbarung wie folgt: „Die Vernunft hätte weder Recht noch Grund, eine solche geoffenbarte Lehre zu verwerfen. Sie müsste zugeben, dass ihr viel daran begreiflich ist, und dass das Unbegreifliche kein Grund ist, sie zu verwerfen, indem sie sich auch sonst genötigt findet, Thatsachen anzunehmen, deren Möglichkeit sie nicht einmal einzusehen vermag“ (Karl Friedrich Stäudlin, Ideen zur Kritik des Systems der christlichen Religion, Göttingen 1791, S. 209, zit. nach Joachim Ringleben, Göttinger Aufklärungstheologie, S. 105, Anm. 147). Zur Autorität der Bibel als Gottes Wort vgl. Karl Friedrich Stäudlin, Ideen zur Kritik des Systems der christlichen Religion, Göttingen 1791, S. 273ff.

¹⁰⁴ Kurt Guggisberg (Fn 102), S. 155.

¹⁰⁵ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 55f.

¹⁰⁶ Hans Ulrich Dürrenmatt, Die Kritik Jeremias Gotthelfs am zeitgenössischen bernischen Recht, Diss. iur., Bern 1947.

¹⁰⁷ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 39. Versehentlich habe ich in meiner Dissertation „Jeremias Gotthelf. Prediger gegen den Rechtsstaat“, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 237,

seiner Zeit durch sein Pfarramt praktisch kennen gelernt.¹⁰⁸ Er war mit dem bürgerlichen Recht durch Studium und durch seine pfarramtliche Praxis vertraut.¹⁰⁹ Den Geistlichen waren ja bis 1833 bedeutende Kompetenzen im Bereich des bürgerlichen Rechts, insbesondere des Familienrechts, aber auch bei der Eidesunterweisung im Prozessrecht, eingeräumt; ein Pfarrer konnte in den Worten Gotthelfs „das Maul noch auftun“ (XIV, S. 219).¹¹⁰

Es sind hauptsächlich die Lehren und Satzungen des Konsistorialrechts, d.h. der Chor- und Ehegerichtssatzungen, welche auf das Rechtsempfinden Gotthelfs entscheidend eingewirkt haben. Diese treten denn auch in den Romanen und Erzählungen ausgeprägt hervor.¹¹¹ Das Rechtsverständnis zur Zeit der „ehrenfesten Gerichtssatzungen“ ist tief durchdrungen vom festen Glauben an die im christlichen Recht vorgezeichnete sittliche Ordnung.¹¹² In jeder Landgemeinde amtierte das Chorgericht¹¹³, welches, aus einem Pfarrer und

Anm. 1296, auf Emil Blösch, Eduard Blösch und 30 Jahre bernische Geschichte, Bern 1872, S. 180, verwiesen.

¹⁰⁸ Friedrich Weber (Fn 61), S. 21.

¹⁰⁹ Friedrich Weber (Fn 61), S. 18.

¹¹⁰ Friedrich Weber (Fn 61), S. 83. Vgl. Friedrich Weber (Fn 61), S. 67. Ferner III, S. 312; XIX, S. 78; VI, S. 404; XIV, S. 391; I, S. 141.

¹¹¹ Friedrich Weber (Fn 61), S. 65.

¹¹² Friedrich Weber (Fn 61), S. 1.

¹¹³ Zur vorreformatorischen Zeit: Ludwig Schmutge, Ehen vor Gericht. Paare der Renaissance vor dem Papst, Berlin 2008. Zur Geschichte des Chorgerichts: Lukas Grünenfelder, Das Zürcher Ehegericht. Eheschliessung, Ehescheidung und Ehetrennung nach der erneuerten Satzung von 1698, Diss. iur., Zürich/Basel/Genf 2007; Thomas Brodbeck, „Christliche Zucht“ durch die Chorgerichte. Die Alltagspraxis der Sittensucht, S. 241-248; ders., Liebschaften und Intrigen vor dem Chorgericht, S. 247; Brigitte Schnegg, Zank und Hader. Ehestreit im ländlichen Bern der Frühen Neuzeit, S. 248-254; Peter Kamber, Angst, Gläubigkeit und Wahn – Berns Hexenprozesse, S. 254-257, alle in: André Holenstein (Hg.), Berns mächtige Zeit. Das 16. und 17. Jahrhundert neu entdeckt, Bern 2006; Heinrich Richard Schmidt, Dorf und Religion. Reformierte Sittenzucht in Berner Landgemeinden der Frühen Neuzeit, Stuttgart/Jena/New York 1995 (am Beispiel von zwei Berner Gemeinden: Vechigen und Stettlen) und dessen informative Homepage: <http://www.cx.unibe.ch/hist/schmidt/>; ders., „Gemeinde-Reformation“. Das bernische Sittengericht zwischen Sozialdisziplinierung und kommunaler Selbstregulation, in: Itinera, Fasc. 8/1988. Bäuerliche Frömmigkeit und kommunale Reformation. Referate gehalten am Schweizerischen Historikertag vom 23. Oktober 1987 in Bern, Basel 1988, S. 85-121; Max Baumann, „Zur Förderung der Ehre Gottes und zur Erhaltung bürgerlicher Zucht“. Das Chorge-richt als Herrschaftsinstrument im alten Bern, in: Sebastian Brändli/David Gugerli/Rudolf Jaun/Ulrich Pfister (Hgg.), Schweiz im Wandel. Studien zur neueren Gesellschaftsgeschichte. Festschrift für Rudolf Braun zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 305-316.

mindestens zwei redlichen Männern gebildet, über Sitten und Hausfrieden zu wachen, die ehelichen Verbindungen zu festigen hatte.¹¹⁴

Gotthelf sieht in Wilhelm Snell den Hauptverantwortlichen für die Freischarenzüge.¹¹⁵ Gotthelf bezeichnet Wilhelm Snell als „fremden Schlingel“ (VIII, S. 379, 412) und „Revoluzer von der ersten Sorte“ (EB 15, S. 287).¹¹⁶ Er stösst sich daran, dass der landesfremde Wilhelm Snell sich in die bernische Politik einmischt und sich sogar an Volksversammlungen beteiligt.¹¹⁷ Ein anderes Bild von Wilhelm Snell jedoch zeichnet die 1851 erschienene Biographie „Wilhelm Snell's Leben und Wirken“¹¹⁸, als dessen Autor Alfred Kölz den Staatsphilosophen Ludwig Snell¹¹⁹, Wilhelm Snells Bruder, vermutet.¹²⁰ Genau diese Vorwürfe sind es, die Ludwig Snell darin negiert: „Jene Gegner haben S. und seinen Schülern vorgeworfen, sie lehrten und beförderten den Communismus. (...) alle seine [Wilhelm Snells, Anm. M.L.] Schüler in der Nähe und Ferne, aus frühern und spätern Zeiten, wissen, wie grundlos und unwahr dieser Vorwurf ist; aber das hinderte die ‚Männer der Ordnung‘ nicht, der Wahrheit in's Angesicht zu lügen. S. war der Ueberzeugung, dass der Kommunismus, der auf die Aufhebung des individuellen Eigenthums oder auf die Theilung desselben hinstrebt, im Gebiet der gesellschaftlichen Organisation der Weg zur Barbarei sei, sowie im Gebiet des geistigen Lebens der Hegelianismus an demselben Ziele anlangen würde. Das war seine gleichbleibende Ansicht. Dagegen anerkannte er vollständig die grossen Grundsätze, die in dem wahren Sozialismus liegen, nach welchem jedes Glied

¹¹⁴ Zu Gotthelf als Sekretär des Chorgerichts: Thomas Brodbeck, *Der Berner Staat und die Berner Kirche nach dem liberalen Umbruch aus der Perspektive des Berner Pfarrrerstandes und insbesondere von Jeremias Gotthelf alias Albert Bitzius in den Jahren 1830/31 bis 1854* (Arbeitstitel des Dissertationsprojekts bei Prof. Dr. phil. Heinrich Richard Schmidt, Historisches Institut der Universität Bern).

¹¹⁵ Albert Tanner (Fn 7), S. 205. Zur Rolle der Brüder Snell bzw. der Emigranten vgl. die Erzählungen „Doktor Dorbach der Wühler“ (XX) und „Ein deutscher Flüchtling“ (XXI) sowie den Roman „Jakobs Wanderungen“ (IX).

¹¹⁶ Hermann Rennefahrt, *Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte*, IV. Teil, Bern 1936, S. 29, Anm. 1a.

¹¹⁷ Ferdinand Elsener (Fn 29), S. 305, Anm. 76.

¹¹⁸ Ludwig Snell (vermutl.), *Wilhelm Snell's Leben und Wirken*, Bern 1851.

¹¹⁹ Vgl. Alfred Kölz, *Der Verfassungsentwurf von Ludwig Snell als Quelle der Regenerationsverfassungen*, in: ders., *Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat. 1789–1798–1848–1998. Historische Abhandlungen*, Chur/Zürich 1998, S. 171–197 (zuerst in: *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, S. 299–322); Stefan G. Schmid, *Ludwig Snell – ein Revolutionär in Küsnacht. Gedenkrede zum 150. Todestag des Verfassers des „Küsnachter Memorials“*, in: *Küsnachter Jahrbuch* 2005, S. 67–75; Andreas Kley, *Das Uster-Memorial und der Ustertag*, in: Felix Hafner/Andreas Kley/Victor Monnier (Hgg.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* I/2006, Bern 2007, S. 67–75.

¹²⁰ Alfred Kölz (Fn 70), S. 210.

der Gesellschaft unter dem Lebensgesetz der Arbeit, zu einer menschlich-würdigen Existenz und zum Genuss eines unverkümmerten Lebens berechtigt sei. Diese Aufgabe allmähig zu lösen, sei Sache einer humanen Gesetzgebung, nicht aber jenes Hirngespinnstes einer erzwungenen Organisation der Arbeit, wie sie da und dort (in Frankreich) versucht worden, welche ebenfalls mit dem Tod aller freien Thätigkeit ende.“¹²¹

Den wahren Feind sieht Gotthelf in der aus der „schrankenlosesten Freiheit“ der Französischen Revolution hervorgegangenen „Tyrannei des Unglaubens“ (EB 15, S. 170). Denn nachdem deren Anhänger zunächst ihren Kampf gegen „die Konfessionen“ begonnen und „besonders die katholische Kirche aufs Korn“ genommen hätten, „weil sie am meisten Blösse bot“, hätten sie am Ende „das Christentum“ selbst angegriffen, indem sie behaupteten, „dasselbe sei ein Hemmschuh der Kultur nicht bloss, sondern eine Beschneidung der Menschenrechte; und diese Menschenrechte waren, wenn man die Begriffe aus den hochtrabenden Worten schälte, nichts anders als die Rechte des Tieres, zu weiden wo Weide war, sich zu begatten wo man Lust dazu kriegte“ (EB 15, S. 171). Diese Anhänger der „Tyrannei des Unglaubens“ (EB 15, S. 170) hatten sich für Gotthelf im Radikalismus und seiner Idee von der Emanzipation des Menschen von der Religion und christlichen Sitte versammelt. Der Berner Radikalismus hatte sich just 1844 erstmals formiert und vor allem um die von Jakob Stämpfli gegründete „Berner Zeitung“ gesammelt.¹²² Der radikale Liberalismus ist für Gotthelf eine Irrlehre, die sich vom Christentum losgesagt hat und nun versucht, über Aufklärung und Naturrecht ein eigenes Fundament zu errichten.¹²³

Weiter bezichtigt Gotthelf Wilhelm Snell der Trunksucht und bezeichnet ihn als „versoffenen Professor“ (XI, S. 136) und „Brönzludi“ (XXIV,

¹²¹ Ludwig Snell (vermutl.) (Fn 80), S. 62f.

¹²² Philipp W. Hildmann, Schreiben im zweiten konfessionellen Zeitalter. Jeremias Gotthelf (Albert Bitzjus) und der Schweizer Katholizismus des 19. Jahrhunderts, Diss. phil. (München), Tübingen 2005, S. 103. Gleichwohl betrachtete Gotthelf die Idee der christlichen Freiheit und Gleichheit als Leitidee der französischen Revolution: 1833 hatte er in seiner Schrift „Christliche Freiheit und Gleichheit in Vergangenheit und Gegenwart“ erklärt, das Merkwürdigste am Kampf des revolutionären Frankreich mit den europäischen Königreichen sei es, dass die gegen Frankreich Krieg führenden Fürsten sich als Hüter des Christentums aufspielten, in Wahrheit jedoch nur ihre unumschränkte Herrschaft behaupten wollten, und dass umgekehrt die französischen Revolutionäre das Christentum abschaffen wollten, „während doch eine Grundwahrheit desselben ihre leitende, wenn schon missverstandene Idee war, Freiheit und Gleichheit“ (EB 12, S. 203) (Alfred Reber, Erläuterungen und Materialien. Zum Hintergrund: Wirtschaft, Bevölkerung, Politik, in: ders. [Hg.], Jeremias Gotthelf. „Geld ist und bleibt Geld...“. Fünf Geschichten rund um Geld und Geiz, Gier und Gewalt, aber auch um Glauben, Geduld und Gemeinsinn, Worblaufen 2011, S. 267).

¹²³ Andreas Kley (Fn 9), S. 227.

S. 126). Er wirft der „jungen Rechtsschule“ vor, dass sie „mit einem wahren Köhlerglauben zu den Kollegienheften eines versoffenen Professors schwöre“. Im „Schuldenbauer“ verhöhnt er ihn als „Singludi“ (XIV, S. 76 u.ö.).¹²⁴ Erklären lässt sich m.E. Gotthelfs Vorwurf des unbeherrschten Trinkens mit Snells Parteinahme für Baselland im Konflikt gegen Baselstadt im Jahre 1830¹²⁵ während seiner Tätigkeit als Professor für Naturrecht, römisches Recht und Strafrecht an der Juristischen Fakultät Basel (1821-1833) und seiner damals stadtbekannten Trinkfreudigkeit, welcher er auch im Umgang mit seinen Studenten frönte,¹²⁶ nicht zuletzt auch mit den Basler Zofingern. Diesen gegenüber bemerkte er 1821 hinsichtlich des Versammlungsstils des Schweizerischen Zofingervereins, dessen Gründungsmitglied Gotthelf ja war: „Sie schmausen an alten abgenagten Knochen helvetischer Freiheit in spasshafter Geselligkeit fort und weisen dann wichtig auf den befriedigten Bauch, in dem dem Republikanismus begraben zu liegen vergönnt sei.“¹²⁷ Gleichwohl trat Wilhelm Snell in Basel in nähere Beziehung zum Zofingerverein.¹²⁸

3. Die „legale Sanktion der Selbstsucht“ und das „zersetzende, zerstörende Element der menschlichen Gesellschaft“

„Der Staat stellt die Person gewordene, konzentrierte Selbstsucht dar, in allen seinen Kindern erzeugt er diese Selbstsucht wieder und diese selbstsüchtigen Kinder werden sich bald genug erheben gegen diesen trostleeren Erzeuger und sich untereinander fressen“ (XIII, S. 130). Die Zersetzung gehe aus von der staatlich geförderten Bildung, dem Ersatz für den christlichen Geist. „Bildung“ vermöge nur Bedürfnisse zu erzeugen, statt sie zu befriedigen. Sie erziehe die Menschen so, „dass sie das Höchste begehren lernen, während sie das tägliche Brot nicht erhalten können“ (XIII, S. 130). Der Angriff hat so-

¹²⁴ Hermann Rennefahrt (Fn 116), S. 29, Anm. 1a.

¹²⁵ In Basel stellte sich Wilhelm Snell im Kampf für die Rechtsgleichheit anlässlich des Streites beider Basel auf die Seite der Landschaft. Nach ihrem Sieg verlieh diese ihm das Ehrenbürgerrecht. Dadurch wurde seine Stellung in Basel-Stadt unhaltbar, so dass er sich nach vorübergehendem Aufenthalt in Liestal Zürich zuwandte, wo er 1833 die Professur an der neu gegründeten Universität übernahm (Chantal Jaeger, Die Gutachtertätigkeit der Juristenfakultät Zürich [Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte 59], Diss. iur. [Zürich], Zürich/Basel/Genf 2008, S. 40).

¹²⁶ Martin Kutter, Jetzt wird die Schweiz ein Bundesstaat. Von den Revolutionen der 1830er Jahre zur ersten Bundesverfassung (1830-1848) (Der modernen Schweiz entgegen, Band 4), Basel 1998, S. 58; Chantal Jaeger (Fn 125), S. 39.

¹²⁷ Centralblatt des Schweizerischen Zofingervereins (Cbl) 51 (1910/11), S. 767, zit. nach Werner Kundert/Ulrich Im Hof (Fn 21), S. 37.

¹²⁸ Peter Kussmaul, Zur Charakteristik der ersten Zofinger, in: Schweizerischer Zofingerverein/Schweizerischer Altzofingerverein (Hgg.), Der Schweizerische Zofingerverein 1819-1969. Eine Darstellung, Bern 1969, S. 161.

wohl die staatliche Förderung der höheren Bildung als auch die administrativ verursachte Verschlechterung der Primarschule im Visier.¹²⁹ Dahinter steht Gotthelfs Vermutung, durch höhere Bildung würde der erzieherische Einfluss, den die Geistlichen damals noch über die Primarschule ausübten, unterdrückt. Der Egoismus führt nach Gotthelf die Menschen allerdings zur Kirche zurück: „trotz allem Geschrei von Bildung bleibe sein [= des radikalen Staates, Anm. M.L.] Prinzip der Egoismus und sein Kennzeichen die Verwilderung der Massen“. Deshalb „werden sich die Bangen wieder unter das Panier der Kirche flüchten“ (XIII, S. 130).

4. Die Apotheose des Eigentums

Bezeichnend für den Rechtsstaat ist in Gotthelfs Augen, dass er das Eigentum zu einem absoluten Wert macht und es so der Eigenschaft der Gottesgabe beraubt: „Geht man vom juridischen Grundsatz aus, dass jeder mit seinem Eigentum schalten und walten kann nach Belieben, soweit als derselbe nicht zum direkten Schaden der Nächsten gereicht und daher der Gebrauch durch einschlagende Gesetze beschränkt sei“ (XIV, S. 382). Nicht christliche Gebote bilden mehr die Schranke des Eigentumsmissbrauchs, sondern „das grosse Geheimnis der Regiererei sei das, jeden machen zu lassen, wenn es nur nicht gegen die Verfassung sei“ (XIV, S. 377).¹³⁰

In der als Beitrag im „Neuen Berner-Kalender für das Jahr 1841“¹³¹ erschienenen satirischen Erzählung „Die Schelmenzucht“ (XXIII, S. 195-203)

¹²⁹ Werner Hahl (Fn 29), S. 278. Vgl. „Zur Geschichte des Primarschulwesens im regenerierten Kanton Bern“ (1844), in: EB 11, S. 268-304. Bereits 1835 übte Gotthelf Kritik am damaligen Schulgesetz: „(...) Ferner müssen die Gemeinden den Kindern den gesetzlichen Primarunterricht erteilen lassen, das neue Schulgesetz legt ihnen eine neue Pflicht auf; durch die Erfüllung dieser Pflicht werden die Kostgelder erhöht, das Kind erhält mehr, die Gemeinde aber hat kein Recht mehr zur Rückforderung, hat keine Hülfe mehr vom Staate, hat nichts als immer neue Pflichten und immer weniger Schutz und Hülfe! (...)“ (EB 14, S. 28). Vgl. Barbara Mahlmann-Bauer (Hg.), Jeremias Gotthelf und die Schule. Katalog zur Ausstellung in der Gotthelf-Stube in Lützelflüh 2009, Bern 2009.

¹³⁰ Pierre Cimaz (Fn 37), S. 193.

¹³¹ Vgl. Ulrike Landfester, „...was sich sonst gar nicht mitteilen lässt“. Perspektiven einer elektronischen Edition von Jeremias Gotthelfs Kalenderschriften, S. 47-57; Silvia Serena Tschopp, Jeremias Gotthelfs „Neuer Berner-Kalender“ und seine schweizerischen Konkurrenten, S. 169-186, beide in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe, Tübingen 2006; Barbara Berger Guigon/Stefan Humbel/Thomas Richter/Christian von Zimmermann, Jeremias Gotthelf und sein „Neuer Berner Kalender“. Jahresausstellung der Gotthelf-Stube, Lützelflüh 2008; Alfred Messerli, Leser und das Lesen im Kalender. Der „Neue Berner-Kalender“ unter Gotthelfs Redaktion, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann/Sara Margarita Zwahlen (Hgg.), Jeremias Gotthelf,

übt Gotthelf scharfe Kritik an den Richtlinien für die Behandlung von Eigentumsdelikten des mit der Erarbeitung eines neuen Gesetzes betrauten Wilhelm Snell.¹³² In der „Schelmenzucht“ versucht Gotthelf, einer von vernunftrechtlichen Prämissen ausgehenden Rechtsauffassung, wie sie Snell vertrat, eine auf die Bibel abstellende Idee von Gerechtigkeit entgegenzustellen. Ein weitgereister Schneider und sein Komplize bemühen sich, der im Wirtshaus versammelten bäuerlichen Bevölkerung die Vorteile eines Justizsystems nahe zu bringen, das den Dieben freie Hand lässt.¹³³ „Die Schelmenzucht“ findet ihre Fortsetzungen im „Neuen Berner-Kalender für das Jahr 1842“¹³⁴ und im „Neuen Berner-Kalender für das Jahr 1843“¹³⁵, beide Male unter dem Titel „Reisebilder aus den Weltfahrten eines Schneiders“¹³⁶. Gotthelfs Urhebererschaft von „Die Schelmenzucht“ ist aufgrund eines von ihm an den Kalenderverleger Carl Albrecht Jenni, Vater, in Bern geschriebenen Briefes vom 7. März 1844¹³⁷ gesichert, aus welchem „unwiderleglich hervorgeht, dass er der Verfasser dieser ‚Reisebilder‘ war.“¹³⁸

Diese Erzählung muss vor dem Hintergrund der Bemühungen um eine Rechtsreform im Kanton Bern gelesen werden.¹³⁹ Die herrschende Rechtsun-

der Querdenker und Zeitkritiker, Bern 2006, S. 213-231; Silvia Serena Tschopp, „Predigen, gefasst in Lebenssprache“: Zur narrativen Strategie von Gotthelfs „Neuem Berner-Kalender“, in: Walter Pape/Hellmut Thomke/Silvia Serena Tschopp (Hgg.), *Erzählkunst und Volkserziehung. Das literarische Werk des Jeremias Gotthelf*, Tübingen 1999, S. 111-127.

¹³² Vgl. Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 126-132; Peter Rippmann, Gotthelfs irdische und himmlische Gerechtigkeit, in: Claude D. Conter (Hg.), *Literatur und Recht im Vormärz* (Forum Vormärz Forschung 15, Jahrbuch 2009), Bielefeld 2010, S. 157-161. Adressaten von Kalenderliteratur waren – neben breiteren Bevölkerungsschichten – auch die Repräsentanten des Staates (Silvia Serena Tschopp, „Predigen, gefasst in Lebenssprache“: Zur narrativen Strategie von Gotthelfs „Neuem Berner-Kalender“, in: Walter Pape/Hellmut Thomke/Silvia Serena Tschopp (Hgg.), *Erzählkunst und Volkserziehung. Das literarische Werk des Jeremias Gotthelf*, Tübingen 1999, S. 113).

¹³³ Silvia Serena Tschopp (Fn 132), S. 119f. Eingehend zur Handlung der „Schelmenzucht“: Silvia Serena Tschopp (Fn 132), S. 120-123.

¹³⁴ XXXIII, S. 218-327.

¹³⁵ XXXIII, S. 329-446.

¹³⁶ Vgl. den „Neuen Berner-Kalender für das Jahr 1842“, in: XXXIII, S. 272-299 („Reisebilder aus den Weltfahrten eines Schneiders“); den „Neuen Berner-Kalender für das Jahr 1843“ („Reisebilder aus den Weltfahrten eines Schneiders“), in: XXXIII, S. 374-382; den „Neuen Berner-Kalender für das Schaltjahr 1844“ („Notizen zu den Reisebildern aus den Weltfahrten eines Schneiders“), in: XXIV, S. 94-96; den „Neuen Berner-Kalender für das Jahr 1845“ („Fortsetzung der Reisebilder aus den Weltfahrten eines Schneiders“), in: XXIV, S. 170-196.

¹³⁷ in: EB 6, S. 35.

¹³⁸ Rudolf Hunziker, *Zur Entstehung und zur Textkritik einzelner Kalenderbeiträge*, in: XXIV (1932; 2. durchges. Aufl. 1947), S. 386.

¹³⁹ Silvia Serena Tschopp (Fn 132), S. 119.

sicherheit – bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts stützten sich die Richter bei der Urteilsfindung mangels einer verbindlichen Strafgesetzgebung auf alte Gerichtssatzungen und auf das Gewohnheitsrecht¹⁴⁰ – hatte die liberale Berner Regierung in den 1830er Jahren dazu bewogen, die Ausarbeitung neuer strafrechtlicher Normen in die Wege zu leiten.¹⁴¹

Der Regierungsrat beauftragte Wilhelm Snell als Lehrer des Strafrechts, die nötigsten Kapitel des Kriminalgesetzes, namentlich das sog. Diebstahls-gesetz zu revidieren. Allerdings säumte Snell trotz der an ihn ergangenen Mahnungen, seinen Auftrag auszuführen, ohne ihn abzulehnen, so dass 1839 das Justizdepartement sich mit dem Regierungsstatthalter Jakob Emanuel Roschi in Verbindung setzte und das bei Professor Snell liegengeliebene Material durch den Landjäger abholen liess. Noch 1849 war die Revision nicht vollendet.¹⁴²

Im Bereich des Strafrechts blieb die Gerichtssatzung von 1761 – nach kurzer Aufhebung zur Zeit der Helvetik – sogar bis zum Erlass des bernischen Strafgesetzbuches von 1866 in Kraft.¹⁴³

¹⁴⁰ Sibylle Hofer, Richten und strafen: die Justiz, in: André Holenstein/Daniel Schläppi/Dieter Schnell/Hubert Steinke/Martin Stuber/Andreas Würgler (Hgg.), Berns goldene Zeit. Das 18. Jahrhundert neu entdeckt, Bern 2008, S. 471. In Bern hatte die Mediationsregierung das Helvetische Peinliche Gesetzbuch (= HPG) mit Gesetz vom 27. Juni 1803 ausser Kraft gesetzt, es jedoch als zu den Strafbestimmungen der bernischen Gerichtssatzung von 1761 subsidiäres Recht beibehalten (Theodor Bühler, Schweizerische Rechtsquellen und Schweizerische Verfassungsgeschichte nach einer Vorlesung von Ulrich Stutz [1868-1932]. Nach einer Nachschrift von Dr. Adolf Im Hof [Europäische Rechts- und Regionalgeschichte, Band 10], Zürich/St. Gallen 2010, S. 257f.). Unter das HPG fielen hauptsächlich die schweren Verbrechen wie Mord, Vergewaltigung und Raub sowie die gesamte Eigentumsdelinquenz (Regula Ludi, Die Wiedergeburt des Criminalwesens im 19. Jahrhundert. Moderne Kriminalpolitik zwischen helvetischer Gründungseuphorie und Kulturpessimismus der Jahrhundertmitte, in: Berner Zeitschrift für Geschichte und Heimatkunde [BZGH] 60/3 [1998], S. 196, Anm. 36).

¹⁴¹ Silvia Serena Tschopp (Fn 132), S. 119f.

¹⁴² Eduard Bähler, Anmerkungen, in: XIV, S. 434. Die Gesamtverantwortung für das bernische Strafgesetzbuch lag bei Carl Bitzjus. Er war 1836 mit dem Verfassen eines Entwurfes für ein bernisches Strafgesetzbuch beauftragt worden. 1839 vollendet, fand dieser Entwurf Beachtung, gleichwohl gerieten seine parlamentarischen Beratungen ins Stocken, brachen jedoch bis über die Jahrhundertmitte nie vollständig ab (Peter Grossenbacher, Das erste bernische Obergericht, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins [ZBJV] 117 [1981], S. 576).

¹⁴³ Vgl. Gerichtssatzung 4. Teil, 2. Titel, 32. Satzung: SSRQ Bern Stadt VII.2, S. 1030.

5. Armutsvermehrung durch Gottlosigkeit des Staates: Gotthelfs Ablehnung der bernischen Zehntaufhebung

Weil dieser „sogenannte Rechtsstaat“ nicht mehr an Gott gebunden ist, wird die staatliche Aufgabe der Armutsverhinderung in ihr Gegenteil verkehrt. Dieses Phänomen thematisiert Gotthelf im „Schuldenbauer“, in der 2. Auflage der „Armennot“, in „Zeitgeist und Bernergeist“ und in „Die Käserei in der Vehfreude“.¹⁴⁴ „Wann die Obrigkeit abfällt von Gott, nur in ihrem Namen regiert und nicht in Gottes Namen, nur ihre Gesetze gehalten wissen will und die göttlichen Gesetze fast wie die eines Usurpators abschafft oder untergräbt und ungestraft untergraben lässt, ja, wenn sie recht eigentlich darauf ausgeht, das christliche Gewissen zu verdummen und stumm zu machen, wenn sie die Heere Ungläubiger unter das Volk sendet, kommandiert von Generalen, Präsidenten, Rektoren und Konrektoren, welche augenscheinlich alles christliche Gefühl abstumpfen und alle christlichen Ansprüche verhöhnen sollten, was dann, fragen wir, was dann? Da war eine furchtbare pharaonische Verblendung! Wehe dem, der eine Autorität sein will und sein soll, und untergräbt die Autorität dessen, von dem er seine Autorität hat, und auf dem dieselbe beruht!“ (XV, S. 259).

Im September 1846 erliess der Grosse Rat das Gesetz über die Loslösung der Grundlasten.¹⁴⁵ Die Naturalabgaben¹⁴⁶ wurden endgültig abgelöst, d.h. in Geldsteuern (direkte Einkommens- und Vermögenssteuern) umgewandelt.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Gerhard Gey (Fn 63), S. 173; Thomas Multerer (Fn 26), S. 51f.

¹⁴⁵ Christiane Aeschmann, Die Befreiung des Grundeigentums von Feudallasten und sonstigen konkurrierenden Rechten. Dogmatische und wirtschaftliche Aspekte, in: Pio Caroni (Hg.), Bäuerliches Bodenrecht im ausgehenden 19. Jahrhundert (Akten des im Sommersemester 1988 durchgeführten Seminars), Bern 1989, S. 14.

¹⁴⁶ Die Naturalabgaben waren Zehnten, Bodenzinse, Ehrschätze und Primizien. Der Zehnt, im Frühmittelalter ursprünglich eine Abgabe, welche die Kirche für sich beanspruchte, bestand Anfang des 19. Jahrhunderts darin, dass der ein zehntbares Grundstück bewirtschaftende Landwirt von dem gesamten Rohertrag den zehnten Teil dem Zehntherrn, d.h. dem Staat, abzuliefern hatte (Hans Ulrich Dürrenmatt [Fn 5], S. 86). Es gab auch den „kleinen Zehnt“, die Abgabepflicht von Gemüse (Runkelrüben, Zwiebeln oder Obst usw.) oder auch von Gespinst (Flachs, Hanf), den „grossen Zehnten“ von Getreide (Dinkel, Hafer, Gerste, Roggen usw.) und den „Heu-Zehnten“ (jeder zehnte Haufen) (Trudi Kohler-Zimmermann, Wie die Wyniger um 1814 ihren Zehnten loskauften, in: Burgdorfer Jahrbuch 2006, S. 45). Der Bodenzins war ein fester, unabhängiger Zins, eine Art Pachtzins an den Grundherrn, später an den Staat, der Ehrschatz eine Art Handänderungsabgabe an den Grundherrn bei Wechsel des Lehensgutes. Die Primizien waren Rechte der Dorfpfarrei, die Erstlingsfrüchte der Haushaltungen ihrer Gemeinde für sich zu beanspruchen (Hans Ulrich Dürrenmatt [Fn 5], S. 86).

¹⁴⁷ Thomas Jahn, Grundpfandverschuldung 1856-1914, in: Christian Pfister/Hans-Rudolf Egli (Hgg.), Historisch-Statistischer Atlas des Kantons Bern. Umwelt, Bevölkerung, Wirtschaft, Politik, Bern 1998, S. 100; Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 85f. Vgl.

Die Zehntpflichtigen mussten den sechsfachen Wert des Jahresertrages für Weinzehnten, den siebenfachen Wert des Jahresertrages für alle anderen Arten von Zehnten und den zehnfachen Jahresertrag für die übrigen Bodenzinsen entrichten. Den Berechtigten zahlte der Staat die andere Hälfte der Summe. Die früheren Loskäufer von Zehnten und Grundzinsen, die viel höhere Loskaufsummen bezahlt hatten, wurden nachträglich vom Staat entschädigt. Ebenfalls eingeführt wurde die Einkommenssteuer. Die Loskäufe wurden innert der 18 nachfolgenden Jahre vollzogen.¹⁴⁸ Die Einführung der neuen Steuern gestaltete sich schwierig, so dass die Steuern erst im Frühjahr 1848 eingezogen werden konnten, während der Zehnt schon 1846 nicht mehr erhoben wurde. Im Gegenzug wuchsen die Ansprüche an den Staat, und in einigen Jahren schloss die Staatsrechnung mit einem erheblichen Defizit ab, so dass der bernische Staat, der durch die Aufhebung der Feudallasten schon sein wertvollstes Vermögen verloren hatte, vollends der Verarmung entgegenzusteuern schien.¹⁴⁹

Gotthelf lässt seine Emmentaler Bauern gelegentlich über Zehnten und Bodenzinsen fluchen: „Von den Zehnten wolle er nicht reden, und von den Donners Bodenzinsen, wo die ungerechtigt, verfluchtigst Sach sei von der Welt. In der Verfassung heisse es, dass alle gleich sein sollen vor dem Gesetz, und wer müsse Bodenzinse geben? Die armen Bauern, wo die Haut ab den Händen schinden müssten, um das Leben durchzubringen. Wenns recht ging, so müsst nach der Verfassig entweder kein Bodenzins sein, oder jeder müsste geben, der sein Füdle auf unserem Boden hätte, dann könnten die auch an den Tanz, wo nichts hätten als es Dreckmaul“ („Der Herr Esau“, 1. Teil, S. 91). Hierin deckt sich Gotthelfs Auffassung mit derjenigen Wilhelm Snells, der in seinem „Naturrecht“ (1857)¹⁵⁰ die demotivierende Wirkung der Lehen- und Bodenzinse auf den Bauern hervorhebt: Es „lehrt die Erfahrung, wie sich auch leicht erklären lässt, dass, wenn der Boden nicht frei ist, auch der Landmann in seiner Person sich nicht frei fühlt; er verliert die Lust, seine Denk-

Hermann Rennefahrt, Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte IV, Bern 1936, S. 159ff.; Eduard His, Geschichte des neuen schweizerischen Staatsrechtes, Bd. II, Basel 1929, S. 469ff.

¹⁴⁸ Christiane Aeschmann (Fn 145), S. 14.

¹⁴⁹ Rudolf Gmür, Der Zehnt im alten Bern, Bern 1954, S. 282. Das Defizit betrug gemäss „Staatsverwaltungsbericht 1846-1850“, S. 42-48, und „Staatsverwaltungsbericht 1850-1854“, S. 53: Fr. 332'564 in der Zeit vom 1. September bis 31. Dezember 1846, Fr. 1'566'366 im Jahr 1847 und Fr. 1'036'561 im Jahr 1848. Für 1849 weist der „Staatsverwaltungsbericht 1846-1850“ einen Einnahmenüberschuss von Fr. 376'984 auf. Der „Staatsverwaltungsbericht 1850-1854“ weist allerdings für 1849 ein Defizit in Höhe von Fr. 888'012 auf, was Rudolf Gmür als zutreffend erachtet (Rudolf Gmür, Der Zehnt im alten Bern, S. 282, Anm. 3).

¹⁵⁰ Wilhelm Snell, Naturrecht nach den Vorlesungen von Dr. Wilhelm Snell, Langnau 1857.

kraft und seine Arbeit auf die Verbesserung der Landeskultur zu verwenden, weil er der Früchte seines Fleisses doch nicht recht froh wird. Die Abhängigkeit des Bodens zieht die Abhängigkeit des Landmanns mit sich. Deshalb hat man in neuern Zeiten aus rechtlichen, politischen und staatswirthschaftlichen Gründen die Prinzipien der Römer wieder hervorgesucht und eine Reihe von Gesetzen erlassen, die zum Zwecke haben, dingliche Beschränkungen zu vernichten und den Grund und Boden von drückenden Reallasten zu befreien, den Bauernstand zu emanzipiren und als würdigen Stand zu erheben.“ Er schränkt aber ein: „Alle dinglichen Rechte auf fremde Sachen lassen sich nicht wegbringen.“ In einer längeren Anmerkung erwähnt Snell das Beispiel Frankreichs: „In Frankreich wurde der ganzen Feudalherrschaft schon zu Ende des vorigen Jahrhunderts ein Ende gemacht. Durch die Beschlüsse in der denkwürdigen Nacht vom 4. August 1789, ferner vom 3. November 1789, 15. und 28. März 1790, 18. und 29. Dezember 1790, 25. August 1792 und 7. Juli 1793 wurden alle Grundherrlichkeitsabgaben, so wie alle Zehnten abgeschafft. Die Wellen dieser Bewegung schlugen über nach Deutschland und der Schweiz und es wurden auch in diesen Ländern an vielen Orten die Real-lasten liquidirt. Besonders verdient machte sich dabei der bekannte Geschichtsschreiber Dr. Carl von Rotteck.“¹⁵¹ Snell fährt fort: „Wie viele Arten

¹⁵¹ Karl von Rotteck (1775-1840) erhielt nach juristischem Examen 1798 eine o. Prof. für allgemeine Weltgeschichte in Freiburg, die er dort 1818 gegen einen Lehrstuhl für Staatswissenschaft und Naturrecht auswechselte. Seine Universalgeschichte („Allgemeine Geschichte, vom Anfang der historischen Kenntnis bis auf unsere Zeiten“, 6 Bde., 1. Aufl., 1813-1818; 9 Bde., 13. Aufl., 1838/39) schrieb er mit dem Ziel der politischen Erziehung im Geist der naturrechtlichen französischen Aufklärung und der Moralphilosophie Kants (Gangolf Hübinger, „Rotteck, Karl von [1775-1840]“, in: Rüdiger vom Bruch/Rainer A. Müller [Hgg.], *Historikerlexikon. Von der Antike bis zur Gegenwart*, 2., überarb. und erw. Aufl., München 2002, S. 285f.). Es ging ihm vor allem um die Vermittlung sittlicher Massstäbe, die er am Verlauf der Weltgeschichte aufzeigte. Gestützt auf die in Baden eingeführte Pressefreiheit gab er ab 1832 mit Karl Theodor Welcker (1790-1869) den „Freisinnigen“ heraus, der jedoch bald verboten wurde. Ab 1834 gab Rotteck zusammen mit Welcker das „Staatslexikon“ heraus, welches zentral für den deutschen Liberalismus im Vormärz wurde. Rotteck bekämpfte den Anschluss Badens an den Zollverein. Als Vertreter der Universität Freiburg in der Ersten badischen Kammer von 1819 bis 1824 und als Mitglied der Zweiten Kammer von 1831 bis zu seinem Tode kämpfte er für den Ausbau der neuen konstitutionellen Ordnung und erwarb sich u.a. Verdienste um die Abschaffung der Staats- und Herrenfronen und des Zehnten (Josef Inauen, *Brennpunkt Schweiz. Die süddeutschen Staaten Baden, Württemberg und Bayern und die Eidgenossenschaft 1815-1840*, Freiburg Schweiz 2008, S. 320; Erwin Forster, „Karl von Rotteck [1775-1840]“, in: Gerd Kleinheyer/Jan Schröder [Hgg.], *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, 4., neubearb. u. erw. Aufl., Heidelberg 1996, S. 350f.). Zu Karl von Rottecks Haltung zur Zehntfrage: Gustav Klemens Schmelzeisen, *Karl von Rot-*

solcher Rechte es geben soll, hängt grösstentheils von der Bestimmung der positiven Gesetze ab. Manche Arten der Servituten werden immer bleiben zum Besten der Landwirthschaft und der menschlichen Wohnungen. Nöthig wird immer auch bleiben das Pfandrecht (Faustpfand und Hypothek). Es ist dieses ein Bedürfniss eines ausgebildeten Kreditsystems. Durch das Pfandrecht erwirkt der Gläubiger das dingliche Recht, im Fall er nicht zur gehörigen Zeit bezahlt wird, den Pfandgegenstand zu verkaufen und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen.¹⁵²

Gleichwohl wendet sich Gotthelf gegen die Aufhebung der Zehnten, weil die Ablösung der Feudallasten bloss den reichen Bauern zugute käme, denn der Zehnte würde für denjenigen aufgehoben, der Felder besass, und nicht für den Habenichts („Kleinere Erzählungen“ I, S. 101; „Die Armennot“, S. 58). Den armen Bauern war es meist gar nicht möglich, Loskaufs- bzw. Ablösungssumme aufzubringen.¹⁵³

C. Gotthelfs Ideal vom „christlichen Staat“ als Kampfansage an die Totengräber des Christentums

Gotthelf befürwortet den „christlichen Staat“ mit einer nach bernischer Tradition konzipierten, jedoch von Bevormundung befreiten Staatskirche. Zu den kirchenrechtlichen „Grundgesetzen“ der bernischen Kirche gehörte in Gotthelfs Zeit noch immer der „Berner Synodus“ von 1532.¹⁵⁴ Im Vorwort des „Schuldenbauer“ schreibt Gotthelf: „Wir fordern wenig vom Staate, wir fordern bloss, er solle dafür sorgen, dass die Institute und Ämter, welche er zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Sicherheit der Personen und des Eigentums errichtet, besoldet, patentiert, ihren Zweck erfüllen und nicht das Gegenteil desselben, dass, wer zum Beispiel zum Recht verhelfen soll, nicht Teilnehmer am Unrecht oder Hehler desselben sei, dass Recht finden leichter sei als Unrecht verdecken, dass ehrlicher Erwerb wenigstens ebenso sicher sei als Diebsgut, Erwerben so begünstigt sei als Verschleudern, dass über dem Volke ein klar Recht sei, einfach, ähnlich Gottes Wort, verständlich auch den

teck und die Zehntfrage, in: Zeitschr. f. Agrargesch. u. Agrarsoziol. 16 (1968), S. 55-71.

¹⁵² Wilhelm Snell (Fn 65), S. 108-110.

¹⁵³ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 89. Vgl. Emil Blösch, Eduard Blösch und 30 Jahre bernische Geschichte, Bern 1872, S. 194.

¹⁵⁴ Werner Hahl (Fn 29), S. 139. Unter dem Einfluss Wittenbergs und Zürichs entstanden, schildert er „das wahre innere und mehr geistige Verhältnis gegenseitiger Hülfe, Ausgleichung und Ergänzung zwischen Staat und Kirche“. Der Prediger wird ermahnt, vor der Obrigkeit kein „stummer Hund“ (nach Jesaja 56, 10) zu sein und ihre Laster zu tadeln, gleichzeitig wird dem Prediger auch befohlen, im Volk die Ehrfurcht vor der von Gott eingesetzten Obrigkeit zu erhalten (Werner Hahl [Fn 29], S. 139f.).

Unmündigen, und eine wackere Hand es verwalte, allen sichtbar, allen fühlbar“ (XIV, S. 8). „(...) Im christlichen Staate“, so fährt Gotthelf im „Schuldenbauer“ weiter, „ist es Pflicht, für den Armen zu sorgen, und das christliche Recht wird Witwen und Waisen schützen und dafür sorgen, dass niemand durch Hunger den Bruder morde, so wenig als durch Gift oder Eisen, niemand unter dem Schein Rechtens plündere oder gar mit obrigkeitlichem Patent, so wenig als mit vorgehaltener Pistole in des Waldes Dunkel. Das christliche Recht wird, soweit es sich ohne Willkür tun lässt, in väterlichen Schutz nehmen alle Bedrängten und Gefährdeten, und, wo das Gesetz nicht hinlangt, da wird der christliche Sinn der Brüder helfend einschreiten, die Liebe wird den Krieg erklären der Selbstsucht. Sie wird mit allen möglichen Mitteln zu verhindern suchen, dass die von Gott ausgeteilten Gaben nicht als Waffen gegen den Nächsten missbraucht werden (...)“ (XIV, S. 383f.). Gleich wie die Propheten ruft Gotthelf in „Zeitgeist und Bernergeist“ die ursprüngliche Verpflichtung des Staates in Erinnerung:¹⁵⁵ „Wir sind noch immer ein Gottesstaat, jede Bedienstung im Staate ein von Gott anvertraut Amt, jeder Bedienstete Gott verantwortlich für seines Amtes Verwaltung, absonderlich die Richter, welche entscheiden über Leben, Ehre und Eigentum der Kinder Gottes, welche richten sollen, wie sie wünschen, gerichtet zu werden“ (XIII, S. 103f.).

Zentral ist für Gotthelf der Primat von Kirche und christlicher Religion. Hierin ist er von Polybios (200-ca. 120 v. Chr.) beeinflusst, der die soziale und politische Funktion von Religion in seinen „Historiae“ VI/56.6-12 herausgestellt hatte.¹⁵⁶ Gerade im Spätwerk betont Gotthelf die Rückbesinnung auf den einfachen, auf Christus orientierten Glauben. Dies gilt sowohl für das Aufweichen der Dogmatik in der kirchlichen Lehre als auch für die pastorale Praxis, in der die Vermittlung des Glaubens an das einfache Volk vollzogen wird (vgl. XIV, S. 116ff.).¹⁵⁷ Zudem lehnt Gotthelf jedwelche Werkgerechtigkeit ab.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Paul Baumgartner (Fn 25), S. 168.

¹⁵⁶ Volkhard Krech, Konfessionelle Prägungen in der Religionsforschung. Ideen- und wissenschaftsgeschichtliche Beobachtungen – mit einem Ausblick auf das gegenwärtige Religionsrecht, in: Pascale Cancik/Thomas Henne/Thomas Simon/Stefan Ruppert/Milos Vec (Hgg.), Konfession im Recht. Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Bd. 247), Frankfurt a.M. 2009, S. 34, Anm. 27. Es ist davon auszugehen, dass Gotthelf während seiner Studienzeit in Göttingen Polybios gelesen hat, und zwar in der Edition (1763) von Johann August Ernesti (1707-81).

¹⁵⁷ Gerhard Gey (Fn 63), S. 175.

¹⁵⁸ Vgl. Oswald Bayer, Martin Luthers Theologie. Eine Vergegenwärtigung, 2., durchges. Aufl., Tübingen 2004, S. 256-280.

1. Gotthelfs Freiheit und Gleichheit aus dem Primat Christi

Gemeinsam ist Gotthelf und Wilhelm Snell die Idee der Willensfreiheit. Nach Gotthelf ist es zwar der freie Willensentscheid, sich für oder gegen Gott zu wenden; der Entscheid, ob der einzelne Mensch gerettet wird, liegt allerdings allein bei Gott. Es ist Christus der Erlöser, der die Menschen von der Erbsünde befreit hat, der Mensch kann sich für ihn entscheiden, ohne sich die Gnade dadurch verdienen zu können. Gotthelf leitet die „persönliche Freiheit“ aus der göttlichen Offenbarung ab, die Juristen der „jungen Schule“, insbesondere Wilhelm Snell ihr führender Lehrer, hingegen aus der Vernunft.¹⁵⁹

Snell unterscheidet zwischen Moral und Recht und teilt jener die innere, diesem die äussere Freiheit zu. Damit der Mensch der ihm von der Vernunft gestellten Aufgabe, der Vervollkommnung durch Selbstbestimmung, nachkommen kann, bedarf er als sittliches, vernünftiges Wesen der inneren und äusseren Freiheit.¹⁶⁰ Der Moralvorschrift als blosser Gewissensnorm wird der erzwingbare Rechtssatz gegenübergestellt.¹⁶¹ Bedingung der inneren Freiheit des Menschen ist die äussere Freiheit; erst diese ermöglicht die volle Selbstbestimmung des Menschen, ein dem Sittengesetz entsprechendes Leben zu führen. Aufgrund der menschlichen Willkür als potentielles Hindernis für die äussere Freiheit soll als oberstes Prinzip gelten:¹⁶² „Das Gesetz der äusseren Freiheit des Menschen muss gedacht werden als ein ewiges Gesetz für die freie Coexistenz aller vernünftigen Sinnenwesen oder was dasselbe ist, als ein Gesetz, bei dessen allseitiger Anwendung die Freiheit eines Jeden neben der Freiheit der Andern bestehen kann.“¹⁶³ Diese Formulierung entspricht weitgehend der Kantschen Definition des Rechtsgesetzes,¹⁶⁴ dessen Inhalt lautet: Jeder soll von seiner äusseren Freiheit solchen Gebrauch machen, dass auch die äussere Freiheit aller andern gleichmässig bestehen kann.¹⁶⁵

Snell begründet die Freiheit, die Würde und den Zweck des Menschen nur aus der Vernunft, er überprüft nie seine Gedanken an der christlichen Offenbarung und kommt so zu Ergebnissen, die für Gotthelf unannehmbar sind.¹⁶⁶ Der Mensch vervollkommt sich nach Snell durch Selbstbestimmung:¹⁶⁷ „Da die rechtliche Freiheit wiederum eine notwendige Bedingung

¹⁵⁹ Vgl. Gerhard Gey (Fn 63), S. 38.

¹⁶⁰ Fernando Garzoni (Fn 66), S. 125.

¹⁶¹ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 38. Eingehender: Theodor Weiss, Jakob Stämpfli, Bern 1921, S. 5ff.

¹⁶² Fernando Garzoni (Fn 66), S. 126.

¹⁶³ Wilhelm Snell (Fn 65), S. 25.

¹⁶⁴ Fernando Garzoni (Fn 66), S. 126.

¹⁶⁵ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 38.

¹⁶⁶ Josef Maybaum (Fn 8), S. 31f. Vgl. Wilhelm Snell (Fn 65), S. 10, 13, 15, 26 usw. – Zu Gotthelfs ablehnender Haltung: XIII, S. 197f., 547, 556; IX, S. 380.

¹⁶⁷ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 37.

ist für die Erreichung der sittlichen Freiheit, so ist auch der Staat mittelbar eine Bedingung für die Erreichung der sittlichen Freiheit oder, was dasselbe ist, für die Erreichung der höchsten Zwecke des Menschen, obgleich unmittelbar der Zweck des Staates nicht die sittliche Freiheit ist, sondern die Gründung des gesicherten Rechtszustandes.“¹⁶⁸

Das Recht der Menschen auf Freiheit vom Staat wird nach Wilhelm Snells Auffassung der Verfassungsrevision entzogen, da es sich bei ihm um ein in der natürlichen Ordnung begründetes Recht handelt. Hinter der Forderung nach persönlicher Freiheit steht der Gedanke, dass Freiheit nicht Willkür, sondern Aufgabe bedeute. Der Freiheit bedarf der Mensch zur Entfaltung und Vervollkommnung seiner Persönlichkeit, zur Erfüllung seiner sittlichen Aufgabe.¹⁶⁹

Bei Gotthelf jedoch sind christliche Religion, Leben und Politik noch untrennbar miteinander verbunden.¹⁷⁰ Gotthelfs Auffassung von Freiheit und Gleichheit ist stark von Paulus geprägt. So bezieht sich Gotthelf vielfach auf paulinische Aussagen des Neuen Testaments (Röm. 7): „Paulus unterscheidet immer einen doppelten Zustand des Menschen, den nämlich, in welchem er von Natur ist, von demjenigen, der durch Christus soll in ihm geschaffen werden. Im natürlichen Zustand frönt er der Sinnlichkeit, gehorcht höchstens den bürgerlichen Gesetzen, er kennt nur seine Mutter (...) die Erde und ihre Gaben“ (EB 16, S. 245). Es handelt sich um die paulinische Differenzierung in einen „natürlichen“ und einen „geistlichen“ Leib.¹⁷¹ Der Mensch ist von Natur aus sündhaft, das Böse gehört wesentlich zu ihm:¹⁷² „Nun aber freilich sind wir verdorben von Natur, das Ebenbild Gottes in uns ist verdunkelt“ (EB 18, S. 108).

Unverzichtbare Bedingung für Gotthelfs Freiheitsverständnis ist der christliche Glaube. Gotthelf sieht die Freiheit in Beziehung zu Gott, in welcher der Mensch infolge der Erbsünde seiner ursprünglichen Freiheit verlustig ging. Damit steht er unter dem Einfluss der lutherischen „Freiheit eines Christenmenschen“, in welcher die gnadenhafte Befreiung des gefallen Menschen durch Christus die Wiederherstellung der ursprünglichen Gott-Mensch-

¹⁶⁸ Wilhelm Snell (Fn 65), S. 27.

¹⁶⁹ Fernando Garzoni (Fn 66), S. 223.

¹⁷⁰ Albert Tanner, Vom „ächten Liberalen“ zum „militanten“ Konservativen? Jeremias Gotthelf im politischen Umfeld seiner Zeit, in: Hanns Peter Holl/J. Harald Wäber (Hgg.), „...zu schreiben in die Zeit hinein...“. Beiträge zu Jeremias Gotthelf/Albert Bitz (1797-1854), Bern 1997, S. 15. Vgl. Paul Baumgartner (Fn 25), S. 16-18.

¹⁷¹ Vgl. hierzu: XIX, S. 228; XIV, S. 86. Doris Schmidt hat den Begriff des „natürlichen Menschen“ bei Gotthelf näher untersucht (Gerhard Gey [Fn 63], S. 33, Anm. 88). Vgl. Doris Schmidt, Der natürliche Mensch, Diss. phil., Giessen 1940.

¹⁷² Gerhard Gey (Fn 63), S. 33.

Beziehung erwirkt.¹⁷³ Hier setzt sich Gotthelf in Widerspruch zur deutschen Aufklärungstheologie, die zuerst an der von Augustin herrührenden Erbsündenlehre Anstoss nahm, weil sie diese für unvereinbar hielt mit der sittlichen Freiheit des Menschen.¹⁷⁴

Nach Gotthelfs Auffassung ordnet Gott das aus freiem Willen heraus entstandene Böse seinen Plänen ein, ein Gedanke, der schon in der Stoa anzutreffen ist und auch bei Herder erscheint:¹⁷⁵ „Dass aus dem Bösen das Gute wird, ist“, so Kurt Guggisberg, „geradezu ein Grundgesetz der Gotthelfschen Weltanschauung, das ihn immer wieder zu trösten vermag.“¹⁷⁶ Und Guggisberg weiter: „Gott lasse die Dinge dem guten Ziel zuführen oft ‚durch der Verstockten Treiben‘ (Predigt vom 25. März 1831). Das Böse wird so zu einem Organ des göttlichen Willens, des Fortschritts und kann direkt zum

¹⁷³ Gerhard Gey (Fn 63), S. 47. Vgl. Martin Luther, *Von der Freiheit eines Christenmenschen*, 6. Aufl., Stuttgart 1983, S. 164ff. – Die den Menschen auszeichnende Willensschwäche, das Böse zu tun, wird von Augustinus – wie zuvor schon von Paulus – auf eine ererbte Disposition zurückgeführt. Für die Entstehung dieser „Erbsünde“ greift Augustinus auf den alttestamentarischen Sündenfallmythos zurück. Da der mit freiem Willen ausgestattete Stammvater aller Menschen nicht der göttlichen Vernunft (mit der er versehen ist), sondern dem Affekt die Herrschaft über sich eingeräumt hat, hat er seinen Willen der Begierde (libido) untergeordnet und damit dem ganzen Menschengeschlecht eine Neigung zum Bösen vererbt, die es aus eigener Kraft nicht wieder rückgängig machen kann (Siegbert Peetz, *Augustin über menschliche Freiheit* [Buch V], in: Christoph Horn [Hg.], *Augustinus. De civitate dei* [Klassiker auslegen, Bd. 11], Berlin 1997, S. 65). Das Böse hat folglich seinen Ursprung in einer Willensentscheidung des Menschen – die psychologische Willensfreiheit ist bei Augustinus vorausgesetzt. Die Wurzeln des Bösen liegen in der „concupiscentia“ (Begehrlichkeit) und „superbia“ (Stolz) des Menschen. Der Mensch ist, theologisch betrachtet, angewiesen auf die vorausgehende göttliche Gnade, die erst den Willen zum Guten in ihm (wieder) schafft, und diese Gnade kann Gott in Freiheit den von ihm Auserwählten zuteil werden lassen (Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*, 2., überarb. und erw. Aufl., Tübingen 2006, S. 200). Diese Idee der Gnade Gottes ist es, die Luther in seinem theologischen Denken beeinflusst hat (Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4., neubearb. und erw. Aufl., Zürich 2007, S. 440). Später wird sie von Friedrich Daniel Schleiermacher wieder aufgenommen, unter dessen Einfluss Gotthelf steht (Uwe Neumann, *Augustinus*, Reinbek bei Hamburg 1998, S. 136; Werner Hahl [Fn 29], S. 68).

¹⁷⁴ Andreas Urs Sommer, *Die Ambivalenz der „Vermittlung“: Karl Rudolf Hagenbach (1801-1874)*, in: ders. (Hg.), *Im Spannungsfeld von Gott und Welt. Beiträge zu Geschichte und Gegenwart des Frey-Grynaeischen Instituts in Basel 1747-1997*, Basel 1997, S. 97, Anm. 10. Vgl. Karl Aner, *Die Theologie der Lessingzeit*, Halle 1929, S. 158 und passim.

¹⁷⁵ Vgl. III, S. 297; VI, S. 278; Brief Gotthelfs an Abraham Emanuel Fröhlich vom 2. Januar 1853; Johann Gottfried Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, 4. Buch, 4. Kap., 15. Buch, 2. Kap., 1784-1791.

¹⁷⁶ Vgl. VI, S. 279.

Fortschritt benutzt werden, indem durch die eine Sünde eine andere ausgetrieben wird.“¹⁷⁷

Indessen gehört Gotthelf nicht zu den Vertretern einer reinen Prädestinationslehre.¹⁷⁸ Christus hatte, so Gotthelf, die „Hierarchie der Juden“ (die jüdische Priesterkaste) entmachtet und die „Freiheit des Geistes“ verkündet (vgl. „Christliche Freiheit und Gleichheit in Vergangenheit und Gegenwart“, in: EB 12, S. 199f.). Über die päpstliche Macht sagt Gotthelf, sie sei dem satanischen Grundübel erlegen – der Selbstsucht, der Überhebung – und habe eine Priesterherrschaft errichtet, obwohl Christus den Vorhang des Tempels zerrissen und das Priestertum gestürzt habe, obwohl jeder Christ entsprechend seinen Gaben oder seiner Nähe zu Gott Prophet oder Lehrer sei.¹⁷⁹

2. Schutz der christlichen Freiheit als Regierungsaufgabe

Aufgabe der Regierung ist nach Gotthelfs Auffassung der Schutz der christlichen Freiheit. Hier stellt sich Gotthelf in Gegensatz zu Wilhelm Snell, der gerade im Interesse der Freiheit die Trennung der Staatsgewalten „Judikative“, „Legislative“ und „Exekutive“ und eine Kontrolle und Zusammenarbeit zwischen diesen drei Gewalten, insbesondere eine Kontrolle der Regierungsgewalt postuliert, da diese erfahrungsgemäss nach Erweiterung ihrer Machtsphäre strebe.¹⁸⁰ Der Missbrauch staatlicher Kompetenzen und persönliche Machterweiterung seien nämlich die schärfsten Feinde der Demokratie.¹⁸¹ Gotthelf lässt im „Schuldenbauer“ einen polternden Wirt die Gewaltenteilung zugunsten einer vom Volk gewünschten starken Regierung verwerfen. Der Wirt klagt, dass die Regierung heute nicht mehr die Macht habe, mit bekannten, aber nicht eigentlich überführten Betrügern kurzen Prozess zu machen (vgl. XIV, S. 29f.).¹⁸² „Damit die Regierung ja nicht ihre Gewalt missbrauche und irgendwie menschlichen Rechten zu nahe trete, pumpen sie [die Juristen, Anm. M.L.] ihr alle Gewalt aus, dass sie nichts mehr ist als ein Holderdoggel, ein Bündenschüch, geben ihr ein hölzern Gewehr in die Hand, das aussieht wie ein Gewehr, mit dem man nicht schiessen kann, was

¹⁷⁷ Kurt Guggisberg, Jeremias Gotthelf. Christentum und Leben, Zürich/Leipzig 1939, S. 106.

¹⁷⁸ Josef Maybaum (Fn 8), S. 87f.

¹⁷⁹ Werner Hahl, Jeremias Gotthelfs christlich-patriotischer Freisinn, in: Barbara Mahlmann-Bauer/Christian von Zimmermann (Hgg.), Jeremias Gotthelf – Wege zu einer neuen Ausgabe (Beihefte zu editio, hg. von Winfried Woesler, Bd. 24), Tübingen 2006, S. 191f.

¹⁸⁰ Paul Baumgartner (Fn 25), S. 44; Fernando Garzoni (Fn 66), S. 128, 225. Vgl. Wilhelm Snell (Fn 65), S. 215f.

¹⁸¹ Paul Baumgartner (Fn 25), S. 44.

¹⁸² Werner Hahl (Fn 29), S. 339f.; Peter Rippmann (Fn 132), S. 165.

Krähen und Spatzen bald genug merken und ganz getrostlich absitzen aufs hölzerne Gewehr. Von der Regierung gehen die schönsten Gesetze aus, aber die Gerichte kümmern sich nicht darum, kein Mensch denkt an die Handhabung, kein Richter straft die Übertretung derselben. Tritt die Regierung irgendeinem wirklichen Rechte auf hundert Schritte zu nahe, oder verletzt sie bei eigenem Rechte die kleinste Form, so klopfen ihr die Gerichte mit wahrer Wollust auf die Finger, die Zeitungen lassen sie Spiessruten laufen, und der dicke Fiskus kann die Kosten zahlen. Will die Regierung einen untüchtigen Beamten entfernen, muss sie fussfällig vor die Gerichte, und wo immer tunlich, sprechen die Gerichte den Burschen frei, lassen die Regierung im Kote stecken. (...) Das Volk will eine starke Regierung, eine, die kurz und bündig regiert, bei einer solchen ist ihm wohl wie in einem Hause, wo eine tüchtige Meisterschaft ist, und wo es keine starke hat, sondern eine schwache oder absichtlich schwach gemachte, da ist es das wüste, unartige Kind, das seines schwachen Vaters spottet und die Mutter niederträchtig macht, der böse Ham, der den Vater Noah verhöhnte, und bei solchen Zuständen ist allen unwohl. Nun aber wissen unter dem Volke die wenigsten, warum die Regierung nicht anders ist, wo der Sitz der Schwäche ist, kennen die Usurpation der Juristen nicht, welche nicht bloss alles Richten der Regierung entzogen, sondern die Regierung unter die Gerichte getan, so gleichsam als wäre sie der permanente Sünder im Lande, und der Willkür aller möglichen Richter unterworfen hat und zwar so, dass, wenn sie beschimpft wird, sie viel weniger als der schlechteste Staatsbürger zu einer Ehrenerklärung kommen kann und obendrein jeden Versuch, zu einer zu kommen, teuer bezahlen muss und Richter offen und ungestraft gegen sie Partei nehmen, so dass sie eigentlich der Sündenbock der Juristen wird, eine gerechte, aber harte Strafe wegen ihrer Vorliebe für den Knaben Absalom, denn der meiste Verdruss kommt den Eltern immer von ihrem Meisterlos. So ist in aller Wirklichkeit all unsere Gerechtigkeit ein unflätig Kleid. (...)“ (XIV, S. 166f.).

3. Das christliche Recht als Richtlinie und Ziel für die bürgerlichen Gesetze

Die Welt bildet sich dem im „Plane Gottes“ festgelegten Ziele entgegen. Dass die erstrebten „Zustände sich nach und nach herausbilden werden, das zeuget (...) ein Geist, (...) man nennt ihn mit verschiedenen Namen. Es ist der Geist des Glaubens, der Offenbarung oder der Geschichte. Alle „Kräfte, die wir in böse und gute abteilen“, können, „wenn eine weise Hand alles regiert, (...) doch nur eines schaffen, (...) den Willen Gottes, der ein Ziel will“. Und „wie jeder auch, allerdings auf seine Verantwortung hin, sich gebärden mag, er

muss doch dem gleichen Zwecke dienen“ (III, S. 300).¹⁸³ Das christliche Recht ist Richtlinie und Ziel, nach welchen die bürgerlichen Gesetze, gemäss dem „Plan Gottes“, in stetiger Entwicklung und Vervollkommnung herangebildet werden sollen. Durch ihre „Verwandtschaft mit Gott“, ihre Fähigkeit, zwischen Gut und Böse zu unterscheiden, sind die Menschen imstande, selbst Recht zu setzen.¹⁸⁴ Laut Gotthelf ist das Recht seinem Wesen nach Lehrmeister und Erzieher des Menschen (vgl. Gal. 3.24¹⁸⁵; XVI, S. 128). Als feststehende Regel in gewissen Kreisen ergebe sich, schreibt Gotthelf, dass von zugrunde gegangenen Persönlichkeiten „weitaus die meisten am Höckeln in den Wirtshäusern über Gebühr zugrunde gegangen.“ Wo „in dieser Beziehung keine Gesetze sind, muss man den Mangel an Verstand bedauern, wo aber Gesetze sind von verständigen Leuten her, welche sich um Volkswohlfahrt kümmern, da kann man nichts mehr bedauern als die Demoralisation derer, welche Gesetze handhaben sollen und es nicht können, an welche Impotenz sich die Demoralisation des Volkes knüpft, an welcher auch eigentliche Bildung und Aufklärung scheitert (...)“ (VIII, S. 96).¹⁸⁶ Durch die Religion soll „jedes menschliche Wesen veredelt werden“ und „diese Veredelung gerade“ ist „die Bestimmung des Menschen“ (II, S. 34). Wo keine Religion, kein Glaube ist, da „ist das Wüestest Meister“ (IV, S. 413).¹⁸⁷ Bei der Veredelung der bestehenden bürgerlichen Rechtsordnung zum „christlichen Recht“, geht Gotthelf davon aus, dass das Wohlergehen der Gemeinschaft in der „Heilung des Einzelnen liege, so wie in der sittlichen und religiösen Nichtmündigkeit des Einzelnen die feindselige Zerfallenheit des Ganzen“ (XV, S. 306). Daher wendet Gotthelf seine Aufmerksamkeit auf die Rechtsverwirklichung durch den Einzelnen.¹⁸⁸ „Nicht die Rechtsordnung (...), wie wir sie in Gesetzbüchern und Verfassungen niedergeschrieben finden“, so drückt es Hans Ulrich Dürrenmatt treffend aus, „verwirklicht nach Gotthelf das Recht, sondern einzig und allein die Handlungen des Menschen. Nicht Institutionen und Vorschriften machen das Recht aus, sondern einzig die Personen, welche

¹⁸³ Friedrich Weber (Fn 61), S. 49. Beweis für die „Zustände“, die „sich nach und nach herausbilden werden“, gezeugt durch den „Geist des Glaubens, der Offenbarung oder der Geschichte“ ist für Weber die Rechtsgeschichte selbst (z.B. die heutige, veredelte elterliche Gewalt im Unterschied zur ehemaligen patria potestas) (Friedrich Weber [Fn 61], S. 49, Anm. 1).

¹⁸⁴ Friedrich Weber (Fn 61), S. 35.

¹⁸⁵ Gal. 3.24: „So hat das Gesetz uns in Zucht gehalten bis zum Kommen Christi, damit wir durch den Glauben gerecht gemacht werden.“

¹⁸⁶ Friedrich Weber (Fn 61), S. 28f.

¹⁸⁷ Friedrich Weber (Fn 61), S. 61. „Religion“ leitet sich ab von „relegere“ und bedeutet: Gottesfurcht, Frömmigkeit, das Bewusstsein der Abhängigkeit von Gott (Friedrich Weber [Fn 61], S. 61, Anm. 2).

¹⁸⁸ Vgl. XV, S. 130: „Gesetze an sich sind tot“, sie bedürfen der „Handhabung und administrativen Kunst“, man „muss jemand haben, der sie lebendig ins Leben trägt.“

die Institutionen mit wirklichem Leben erfüllen oder unter der Herrschaft des Gesetzes miteinander zusammenleben.“¹⁸⁹ Entscheidend für Gotthelfs Sensibilität für die Unvollkommenheit der Gesetze ist der Einfluss seiner Polybios-Lektüre.¹⁹⁰ Polybios sah die Unvollkommenheit selbst der besten menschlichen Gesetze, weshalb es ebenso sehr auf die Gesinnung der Amtsträger und Bürger ankomme, auf die Sitten, Bräuche, Gewohnheiten, Traditionen, den „mos maiorum“.¹⁹¹ „Ich bin der Meinung“, so schreibt Polybios in seinen „Historiae“, „dass jeder Staat auf zwei Fundamenten ruht, an denen es liegt, ob seine Ordnung und sein Charakter zu bejahen, abzulehnen oder zu verwerfen ist: Sitte und Gesetz. Sind diese so, dass sie Anerkennung verdienen, dann hat dies zur Folge, dass das private Leben der Menschen in Ordnung ist, dass sie sich in Zucht halten und dass das öffentliche Leben das Gepräge der Friedfertigkeit und Gerechtigkeit trägt; sind sie tadelnswert, so ist das Gegenteil die Folge. Ebenso nämlich, wie wir zuversichtlich erklären, wenn wir irgendwo gute Sitten und Gesetze herrschen sehen, dass auch die Menschen und ihr Staatswesen infolgedessen vortrefflich sein müssten, ebenso ist klar, wenn die Menschen im Privatleben habgierig sind und im politischen Handeln keine Gerechtigkeit kennen, dass die Gesetze, das sittliche Verhalten des Einzelnen und die politische Ordnung im Ganzen schlecht sind“ (VI/47).¹⁹²

Göttlich ist nach Ansicht Gotthelfs das „jedem Menschen angeborene Gerechtigkeitsgefühl“ (II, S. 280)¹⁹³. Gotthelf „baut“, so Friedrich Weber, „auf

¹⁸⁹ Hans Ulrich Dürrenmatt (Fn 5), S. 28f.

¹⁹⁰ Es ist davon auszugehen, dass Gotthelf während seiner Studienzeit in Göttingen höchstwahrscheinlich Polybios gelesen hat, und zwar in der Edition (1763) von Johann August Ernesti (1707-81).

¹⁹¹ Alois Riklin, *Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung*, Darmstadt 2006, S. 76. Nachdem Gotthelf 1814 begonnen hatte, sich mit Geschichte zu befassen, las er Niccolò Machiavellis (1469-1528) „Florentinische Geschichte“ (in der deutschen Übersetzung) (Carl Manuel, Albert Bitzius [Jeremias Gotthelf]. *Sein Leben und seine Schriften*, dargestellt von C[arl] Manuel, hg. von Eugen Rentsch, Erlenbach-Zürich/München/Leipzig 1922 [= erster Abschnitt des 24. Bandes [1858] der von Julius Springer 1856-1858 in Berlin herausgegebenen *Gesammelten Schriften von Jeremias Gotthelf*], S. 18; Werner Günther, *Jeremias Gotthelf. Wesen und Werk*, Berlin/Bielefeld/München 1954 [Erstausgabe des Werkes unter dem Titel „Der ewige Gotthelf“, Erlenbach-Zürich/Leipzig 1934], S. 293). Ebenfalls hatte sich Gotthelf als Student in Herodot (490/84-430/25 v. Chr.) vertieft, mit dem die Unterscheidung in die drei Staatsformen Monarchie, Aristokratie und Demokratie begonnen hatte (Kurt Guggisberg, *Jeremias Gotthelf und die Hochschule*, in: *Berner Zeitschrift für Geschichte und Heimatkunde [BZGH]* 17/2 [1955], S. 63; Alois Riklin, *Machtteilung*, S. 349).

¹⁹² zit. nach Alois Riklin (Fn 191), S. 76.

¹⁹³ Dieses Verständnis Gotthelfs von „Gefühl“ bezeichnet Friedrich Weber als „Willensreaktion gemäss einer intuitiv, im Gemüte gewonnen Erkenntnis“ (Friedrich Weber [Fn 61], S. 23, Anm. 1). „Es ist denn doch noch etwas Göttliches in uns, trotz allen

die in aller Welt bekannten, im ‚christlichen Recht‘ überlieferten Grundsätze. Am anschaulichen Beispiel aus dem Leben legt er dar, wie diese als Richtlinien des weltlichen Rechts anzuwenden sind im staatlichen, im bürgerlichen Leben und macht aufmerksam auf die Mängel und Gefahren der auf philosophischen Abstraktionen, auf politischen Ideologien seiner Zeit beruhenden Ansichten über die Gerechtigkeit und des hieraus hervorgegangenen Rechts.¹⁹⁴ Fundament des „göttlicher Natur teilhaftigen Menschen“ bilden die Zehn Gebote. Sie sind der feste Kern der im „Plane Gottes“, in der Schöpfung von Anbeginn festgelegten Rechtsordnung. Die Lieblosigkeit unter den Menschen ist Folge der Nichtbeachtung der Zehn Gebote.¹⁹⁵

Gotthelf zieht die Gerichtssatzungen, insbesondere diejenige von 1761/62, zu Vergleichen heran, so in „Der Oberamtmann und der Amtsrichter“: „Damals hatte man eine ehrenfeste Gerichtssatzung, die änderte nicht alle Tage, war Vater und Sohn bekannt von Jugend auf, jeder wusste, was Trumpf war, konnte sich mehr oder weniger selbst helfen, wusste, was mutwillig Trölen war, konnte einen verlorenen Handel von einem sichern unterscheiden. Darum waren damals auch weniger Prozesse, und wo jetzt zehn Fürsprecher reichlich schneiden, fand damals kaum einer sein mässig Brot. Der Landmann behielt sein Geld im Sack, und Friede war im Lande und unter den Nachbarn. (...)“ (XXII, S. 51).

Es ist das Ideal der christlichen Nächstenliebe, das Gotthelfs Vorstellung über die christlichen Gesetze bestimmt: „Wo man die Gesetze macht nach Christi Befehl und Ordnung und den Verstand hat, ihren Sinn und Bedeutung in Beziehung auf die menschliche Natur und die Bestimmung der Menschen zu erfassen, die Gesetze nicht macht nach der eigenen Lust und Gier und der Augen Lust und des Fleisches Lust, der Hoffart des Lebens“ (XX, S. 367). Höchste Norm für die Theologie nämlich ist Gotthelf die Liebe. Gotthelf lehnt jeden abstrakten, die Realitäten des Lebens ignorierenden Dogmatismus und Formalismus ab:¹⁹⁶ „Christus mit seinen Symbolen will nicht hoch oben schweben, er will inwendig in jedem sein, jedes Herz soll seine Krippe sein“ (XIV, S. 115). „Wo Jesus im Herzen wohnt, da ist Liebe gegen alle, nicht nur gegen die, welche die gleiche Sprache reden, die gleichen Gefühle hegen und sie gleich benennen, in den gleichen Formeln und Ausdrücken zu ihm beten, sondern gegen alle ohne Unterschied, auch gegen Feinde“ (Predigt vom

widrigen Erscheinungen“ (XV, S. 65). – „Was ihnen als Recht fällt in ihr kräftiges Gemüt, das wird alsobald lebendig und mit Macht zur Tat“ (V, S. 337)..

¹⁹⁴ Friedrich Weber (Fn 61), S. 23.

¹⁹⁵ Friedrich Weber (Fn 61), S. 64.

¹⁹⁶ Kurt Guggisberg (Fn 191), S. 66. Vgl. allgemein: Michael Moxter, *Lehre zwischen Positivität und Freiheit: Protestantische Theologie im neunzehnten Jahrhundert*, in: Georg Essen/Nils Jansen (Hgg.), *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion*, Tübingen 2011, S. 239ff.

10. September 1829).¹⁹⁷ Alle gesetzlichen Gebote, die Gerechtigkeit schaffen sollen, gründen sich nach Gotthelfs Auffassung auf dasselbe, einzige Gebot: ‚Liebe deinen Nächsten als dich selbst‘ (vgl. XIII, S. 7). Denn die Liebe ist des Gesetzes Erfüllung (Röm. 13. 9, 10). Und was „kein Königswort erzwingt, vermag die Liebe“ (XV, S. 144).¹⁹⁸ Der „mangelnden Liebe“ trat „zu Hülfe ein äusserer Zwang“. Diese Gesetze „mit ihren Buchstaben töteten auch hier den Geist, den man nicht wahrte“ (XV, S. 99).¹⁹⁹ So lehnt Gotthelf die selbstbestimmte Gesetzgebung ab, da sich das Recht nicht in der Perfektion der Gesetze erfülle, sondern in der Liebe – so Gotthelfs Vorbehalt gegen alle Gesetzlichkeit, so streng er übrigens die Einhaltung bestehender Gesetze fordert. Hier zeigt sich der Einfluss von Paulus’ Theologie.²⁰⁰ In diesem Sinn klagt der durch die Nähe des Todes abgeklärte Grossvater in „Der Sonntag des Grossvaters“ (1852):²⁰¹ „Oh, wenn die Menschen einander verstünden und Liebe hätten zueinander, so wüsste der Unmündige, was gut wäre und jeder dem andern schuldig ist, und man hätte den Irrgarten von Gesetzen nicht nötig (...). Oh, warum sind die Menschen so hochmütig geworden, meinen, sie seien zu Gesetzgebern berufen, und machen Gesetze, die man nie brauchen kann, und die, wo man braucht, muss man den andern Tag flicken, und nach drei Tagen sieht sie niemand mehr an. (...) Darum ists so, weil man den Gesetzgeber da oben verachtet und seine Gesetze, und doch kann ers alleine, und nur seine Gesetze sind klar und fest und halten die Zeit aus, bis sie vergeht und es Ewigkeit wird“ (XXI, S. 153f.).²⁰²

¹⁹⁷ Vgl. „Vornehme Christen“. Bern, 10. September 1829 (Bättag, Nachmittagspredigt), in: EB 3, S. 317f.

¹⁹⁸ Friedrich Weber (Fn 61), S. 40. In „dieser Liebe liegt auch die Freiheit“. Wer in ihr ist, der „ist auch in der Wahrheit, (...) ist kein Spielzeug des klügelnden Verstandes“ (XV, S. 144). Nach dem Bernischen Civilgesetzbuch, S. 82, sind die Ehegatten einander gegenseitig „eheliche Liebe und Treue schuldig“ (Friedrich Weber [Fn 61], S. 40).

¹⁹⁹ Friedrich Weber (Fn 61), S. 37. „Man vergass, dass bloss der Sinn die Gabe heilige, dass nach der Weise Gottes zu geben sei, der seine Gaben mit Weisheit abmisst, mit Weisheit zuteilt, mit Weisheit auf ihre Anwendung achtet“ (XV, S. 99).

²⁰⁰ Werner Hahl (Fn 29), S. 287f. Vgl. Eduard Lohse, Christus, des Gesetzes Ende? Die Theologie des Apostels Paulus in kritischer Perspektive, in: Zeitschrift für die neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der älteren Kirche (ZNW) 99 (2008), S. 18-32.

²⁰¹ Werner Hahl (Fn 29), S. 288.

²⁰² Schon in seiner Predigt am 18. April 1830 fordert Gotthelf, die Gesetze müssten in die Herzen geschrieben sein wie die religiösen Gesetze, welche die Anschauung der Natur dem frommen Sinn vermittele. Je mehr Gesetze man habe, desto geringer werde die Weisheit. Der Unterschied zwischen dem weisen und dem wissenschaftlichen Gesetzgeber liege darin, dass der eine wenige, der andere viele Gesetze mache (Werner Hahl [Fn 29], S. 288, Anm. 45). Vgl. EB 3, S. 149f. – Vgl. auch den „Irrgarten der Gesetze“, in: „Der Geltstag“ (VIII, S. 270: „Beistand, Vogt und Weibergut“ [Titel d. Verf.]).

Fazit

Ausgangspunkt der von Gotthelf abgelehnten Rechtsstaatsidee Wilhelm Snells sind die menschliche Vernunft und die „sittliche Autonomie des Menschen“. Leitender Gedanke Snells ist, dass der Mensch die Gesetze der Moral und des Rechts kraft seiner Vernunft erkennen könne. Der grösste Einfluss auf Snell kommt dabei von Immanuel Kant, dessen Autonomiebegriff und strikte Trennung zwischen Legalität und Moralität Gotthelf entschieden ablehnt.

Snells Staat als eine Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen, eine organisierte Gesellschaft zur Verwirklichung der Rechtsidee, dessen Zweck das Recht selbst ist, deutet Gotthelf als leere juristische Begriffskonstruktion ohne Leben, als Vergötzung des Staates, als – in seinen Worten – „Überhebung des Staates“, die den Staat zum reinen Selbstzweck und zur Selbstsucht erhebe. Bezeichnend für die antichristliche Ausrichtung dieser Staatsidee sei es, dass dem Eigentum absoluter Wert verliehen und es so der Eigenschaft der Gottesgabe beraubt werde. Im Weiteren werde die Aufgabe der Regierung, die christliche Freiheit zu schützen, durch die Justiz verdorben. Hier stellt sich Gotthelf in Gegensatz zu Wilhelm Snell, der gerade eine Kontrolle der Regierungsgewalt durch die Judikative postuliert, da jene erfahrungsgemäss nach Erweiterung ihrer Machtsphäre strebe.

Weil dieser „sogenannte Rechtsstaat“ nicht mehr an Gott gebunden sei, sei die staatliche Aufgabe der Armutsverhinderung in ihr Gegenteil verkehrt. Dies manifestiert sich laut Gotthelf beispielsweise in der Aufhebung der Zehnten und Bodenzinsen: die Ablösung der Feudallasten käme bloss den reichen Bauern zugute, da es den armen Bauern meist gar nicht möglich sei, die Loskaufs- bzw. Ablösungssumme aufzubringen. Obwohl Gotthelf durch seine gelegentlich über Zehnten und Bodenzinsen fluchenden Emmentaler Bauern der von Wilhelm Snell in seinem „Naturrecht“ (1857) aufgezeigten demotivierenden Wirkung der Feudallasten ungewollten Ausdruck verleiht, lehnt er deren Aufhebung ab.

Für Gotthelf gibt es nur zwei Rechte: das Recht Gottes und das Recht des Stärkeren. Gotthelf leitet die „persönliche Freiheit“ aus der göttlichen Offenbarung ab, Wilhelm Snell hingegen aus der Vernunft. In Wilhelm Snells Lehre von der persönlichen Freiheit sieht er lediglich den Grundsatz, dass der Stärkere Meister sei. Dieser Grundsatz – als Kern des radikalen Liberalismus – ist in Gotthelfs Sicht eine Irrlehre, die sich vom Christentum losgesagt hat und nun versucht, über Aufklärung und Naturrecht ein eigenes Fundament zu errichten. Diese radikale Irrlehre sei die grösste Gefahr für die eigene, reformierte Konfession, ja für das Christentum als solches. Konfessionelle Streitigkeiten erübrigten sich demzufolge angesichts solcher Gefahr. Ebenso steht Gotthelf der Demokratie, wie sie Wilhelm Snell versteht, aus Angst vor der

Massendemokratie ablehnend gegenüber. Für Wilhelm Snell ist demokratische Gleichheit ein Gebot der Vernunft. Für Gotthelf dagegen besteht Gleichheit in der unbedingten Bindung eines jeden einzelnen an das von Gott gegebene Gesetz, unabhängig von der Ungleichheit der Menschen in Bezug auf ihre ökonomischen oder standesmässigen Verhältnisse.

Bei Gotthelf, dessen Auffassung von Freiheit und Gleichheit stark von Paulus geprägt ist, sind christliche Religion, Leben und Politik noch untrennbar miteinander verbunden. Im Zentrum von Gotthelfs „christlichem Staat“ stehen die Pflicht, für den Armen zu sorgen, das christliche Recht als Schutz der Witwen und Waisen, aller Bedrängten und Gefährdeten, der christliche Brudersinn als Hilfe bei ungenügenden Gesetzen und die Liebe im Kampf gegen die Selbstsucht. Jeder Beamte im christlichen Staat, insbesondere die Richter, sind Gott gegenüber für ihr Amtshandeln verantwortlich, da jedes Staatsamt eine Gottesgabe sei.

Das christliche Recht besteht – in den Worten Gotthelfs – aus den „Gesetzen nach Christi Befehl und Ordnung“. Es gründet sich auf das Gebot: „Liebe deinen Nächsten wie dich selbst“ und ist Richtlinie und Ziel, nach welchen die bürgerlichen Gesetze gemäss dem „Plan Gottes“ herangebildet werden sollen. Es ist der durch die christliche Religion veredelte Mensch, der das Recht im Sinne des christlichen Rechts setzen und anwenden soll. Ob er dies freilich tut, ist ihm freigestellt, hat er doch aufgrund seiner „Verwandtschaft mit Gott“ die Fähigkeit, zwischen Gut und Böse zu unterscheiden. So ist es nach Gotthelf zwar der freie Willensentscheid, sich für oder gegen Gott zu wenden; der Entscheid, ob der einzelne Mensch gerettet wird, liegt jedoch allein bei Gott. Gotthelf lehnt jedwelche Werkgerechtigkeit ab.

Gemeinsam ist Gotthelf und Wilhelm Snell zwar die Idee der Willensfreiheit, im Gegensatz zu Gotthelf wird der Mensch jedoch nach Auffassung Wilhelm Snells nicht durch die christliche Religion veredelt, sondern vervollkommenet sich durch Selbstbestimmung. Um sich durch Selbstbestimmung als Gebot der Vernunft vervollkommenen zu können, bedürfe der Mensch der inneren und äusseren Freiheit. Der Moralvorschrift als blosser Gewissensnorm setzt Snell den erzwingbaren Rechtssatz entgegen. Bedingung der inneren Freiheit des Menschen sei die äussere Freiheit. Diese, die äussere Freiheit, ermögliche erst die volle Selbstbestimmung des Menschen, ein dem Sittengesetz entsprechendes Leben zu führen. Hinter diesem Gedanken steht die von Gotthelf abgelehnte Kantsche Definition des Rechtsgesetzes, nach welchem jeder von seiner äusseren Freiheit solchen Gebrauch machen solle, dass auch die äussere Freiheit aller andern gleichmässig bestehen kann.

Obwohl sich Gotthelf mit Wilhelm Snells Lehre nicht eingehend befasst hatte, da sie ihm viel zu kompliziert und abstrakt war, werden seine Vorwürfe gegen Snells Person von namhaften Historikern und Rechtshistorikern bestä-

tigt: der Vorwurf der Trunksucht durch Richard Feller in seinem Werk „Berns Verfassungskämpfe 1846“ (1948)²⁰³, derjenige der Demagogie und Diffamierung, zumindest der Suggestivkraft seiner Vorlesungen und Reden, durch Walter Munzinger in seiner Rektoratsrede von 1866²⁰⁴, durch Ferdinand Elsener in „Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert“ (1975)²⁰⁵ und durch Rolf Holenstein in „Ulrich Ochsenbein. Erfinder der modernen Schweiz“ (2009)²⁰⁶. Mit seiner Forderung nach einem „christlichen Staat“ stellt sich Gotthelf in die Reihe der Gegner des Radikalismus wie beispielsweise Friedrich Julius Stahl und Eduard Bloesch, Schüler Samuel Ludwig Schnells, mit Gotthelf befreundet und – wie dieser – Mitglied des Schweizerischen Zofingervereins.

²⁰³ Richard Feller, Berns Verfassungskämpfe 1846, Bern 1948.

²⁰⁴ Walter Munzinger, Eine Studie über die Pflege der Jurisprudenz im alten und neuen Bern (Rektoratsrede), Bern 1866.

²⁰⁵ Ferdinand Elsener, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1975.

²⁰⁶ Rolf Holenstein, Ochsenbein. Erfinder der modernen Schweiz, Basel 2009.

MISCELLANEA

Victor Monnier

NOTICE BIOGRAPHIQUE DE WILLIAM EMMANUEL RAPPARD (1883-1958)

William Emmanuel RAPPARD, né à New York, le 22 avril 1883, est mort à Bellevue (Genève), le 29 avril 1958. Originaire d'Hauptwil (Thurgovie) et de Bellevue (Genève), il est le fils d'Auguste Rappard (1851-1920), négociant en broderie et rentier, et de Julie Hoffmann (1860-1884), issue de la célèbre famille de rubaniers bâlois. W. E. Rappard épouse en 1907 Alice Gautier (1883-1972), fille de Raoul Gautier (1854-1931), astronome et professeur à la faculté des sciences de l'Université de Genève.

C'est à New York que Rappard fréquente l'école primaire, puis, la famille s'étant installée à Genève, il poursuit ses études dans la cité de Calvin, au Collège (1899-1901) puis à l'Université (licence en 1906 et doctorat en droit en 1908). De 1905 à 1909, il effectue des séjours d'études universitaires à Berlin, Munich, Harvard, Paris, Vienne et occupe un poste d'assistant à l'Office international du Travail à Bâle, de 1909 à 1910. Nommé suppléant à la chaire d'histoire économique de l'Université de Genève de 1910 à 1911, il poursuit sa carrière universitaire outre-Atlantique à l'Université Harvard, d'abord comme *Instructor in commercial organization* en 1911, puis comme *assistant professor of economics* en 1912. De retour à Genève, il est nommé professeur ordinaire d'histoire économique à l'Université de 1913 à 1928 et de finances publiques de 1915 à 1957. Dans l'armée suisse, ayant gravi différents échelons de la hiérarchie militaire, il est capitaine de cavalerie. En 1915, Rappard est l'un des principaux fondateurs de la nouvelle faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Genève. Par ailleurs, il est membre du Comité international de la Croix-Rouge (C.I.C.R.) de 1917 à 1921.

En 1917, Rappard fait partie de la mission suisse envoyée par le Conseil fédéral aux Etats-Unis pour faire connaître la position de la Suisse neutre et assurer son approvisionnement. Lors d'une deuxième mission aux Etats-Unis en 1918, il recueille les sentiments du président W. Wilson (1856-1924) sur la future Société des Nations (S.d.N.). De 1919 à 1920, il est le représentant officieux du Conseil fédéral à la Conférence de la Paix; il intervient auprès

des membres des délégations alliées, notamment auprès d'E.M. House (1858-1938), pour que Genève soit choisie comme siège de la S.d.N. et pour que la Suisse puisse faire partie de cette dernière munie de son statut de neutralité. Il participe également de façon active à la campagne plébiscitaire pour l'entrée de la Suisse dans la S.d.N.

Nommé secrétaire général de la Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge (1919-1920), Rappard préside la conférence du Conseil général de la Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge en 1920. Il assume encore la direction de la section des Mandats de la S.d.N. de 1920 à 1924. En 1925, il accompagne A.J. Balfour (1848-1930) en Palestine. De 1925 à 1939, il est membre de la Commission permanente des Mandats et, de 1927 à 1958, il appartient à la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail (O.I.T.). Le Conseil fédéral le désigne comme membre de la délégation suisse à l'Assemblée de la S.d.N., de 1928 à 1939. En 1928, Rappard préside la Conférence internationale de statistique économique.

Avec P. Mantoux (1877-1956) co-directeur, de 1928-1951, puis de 1951-1955, directeur de l'Institut universitaire de hautes études internationales (I.U.H.E.I.) à Genève, Rappard est en outre recteur de l'Université de 1926 à 1928, puis de 1936 à 1938.

Tout au long des années trente, Rappard dénonce la menace que représente pour la paix le nationalisme tant politique qu'économique; les professeurs qu'il choisit à l'I.U.H.E.I. font de cet institut une citadelle de la pensée libérale sur le continent. Il est vice-président (1933-1942) puis président (1942-1948) du Comité international pour le placement des intellectuels réfugiés. A l'éclatement du deuxième conflit mondial, il ne doute pas de l'entrée en guerre des Etats-Unis ni de leur victoire finale. Face à l'Axe qui encercle la Suisse, la seule politique qui lui paraît envisageable pour l'opinion publique suisse est le silence. Il est membre de l'*Aktion nationaler Widerstand* de 1940 à 1945. Elu par les Genevois conseiller national sur les listes de l'Alliance des indépendants, il siège à Berne de 1941 à 1943. En 1942, il fait partie de la délégation suisse qui négocie à Londres l'assouplissement des mesures de blocus prises par la Grande-Bretagne contre la Suisse; il se trouve à Alger lors du débarquement anglo-américain du 8 novembre 1942. En 1944, il préside le Comité suisse de secours aux Autrichiens. Dans les négociations que poursuit la Suisse avec les Alliés, Rappard dirige la délégation suisse à Berne en 1945 et participe à celle de Washington en 1946. Par ailleurs, le Conseil fédéral le désigne comme membre de la représentation suisse à la Conférence internationale du Travail, de 1945 à 1957, dont il préside l'assemblée en 1951.

Dans les années d'après-guerre, Rappard manifeste une grande réserve à l'égard de l'entrée de la Suisse dans l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.) de même qu'à l'égard de l'intégration de la Suisse à l'Europe. Il préside en 1947 la séance inaugurale de la Société du Mont-Pélerin dont il est membre. Au cours de la guerre froide, il s'oppose en 1953 à la venue à Genève du Centre européen de la Recherche nucléaire (C.E.R.N.).

Membre de la société suisse de Zofingue, de la Nouvelle Société Helvétique, de l'*American Philosophical Society*, de l'Institut international de statistique, membre correspondant de l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut de France et membre associé de l'Académie royale et de la Société d'Economie politique de Belgique, Rappard est en outre docteur *honoris causa* des universités Harvard, Pennsylvania, Alger, Lyon, Princeton et Californie.

Homme de relations publiques, Rappard fut un trait d'union, non seulement entre les Suisses, mais aussi entre l'étranger et sa patrie. Libéral, pragmatique, son empirisme le rend hostile à tout dogmatisme.

Parmi ses nombreuses études dans les domaines économiques, historiques et des relations internationales, citons *International Relations as viewed from Geneva* (1925); *The Quest for Peace* (1940); *L'avènement de la démocratie moderne à Genève* (1942); *Cinq siècles de sécurité collective*, (1945). Ses deux ouvrages *L'individu et l'Etat* (1936) et *La Constitution fédérale de la Suisse* (1948) sont considérés comme des ouvrages de référence, de même que *Le facteur économique* (1912) et *La révolution industrielle* (1914) qui sont les premières études de l'histoire économique de la Suisse. La bibliographie complète de W. E. Rappard figure in Victor Monnier, *William E. Rappard. Défenseur des libertés, serviteur de son pays et de la communauté internationale* (1995).

Les papiers de William E. Rappard sont déposés aux Archives fédérales (Berne)

Références bibliographiques :

Documents diplomatiques suisses, vol. 6-8 (1981-1988); vol. 11-16 (1989-1997).

W. E. Rappard, *Varia politica* (1953); *Hommage à W. E. Rappard* (1956); *William E. Rappard, 22 avril 1883-29 avril 1958. In Memoriam*. Genève (1961); Albert Picot, *Portrait de William Rappard* (1963); Anja Peter, *William E. Rappard und der Völkerbund* (1973); Daniel Bourgeois, «William Rappard et la politique extérieure suisse» in *Etudes et sources* (Berne), 15,

1989; Giovanni Busino, «William Rappard, le libéralisme "nouveau" et les origines de la "Mont-Pèlerin Society"» in *Revue européenne des sciences sociales* (Genève), t. 28, no 88, 1990; Richard M. Ebeling, «William E. Rappard, an international Man in an Age of Nationalism» in *Ideas on Liberty* (New York), Jan. 2000; Daniel Bourgeois, «William E. Rappard, parlementaire indépendant à l'Alliance des Indépendants (1941-1943)» in *Commentationes Historiae Iuris Helveticae* (Bernae) 3, 2009.

*Ivan Biliarsky**

A PROPOS DE LA THÉORIE DE LA NATIONALISATION¹ DU PROFESSEUR KONSTANTIN KATZAROV (1898-1980)

Quand on a en main la nouvelle édition de la *Théorie de la nationalisation* de Konstantin Katzarov, qui est aussi la première (et l'unique) publiée en Bulgarie, on se pose inévitablement une question : n'est-elle pas désespérément tardive ? Le livre, écrit d'abord en français, a été publié pour la première fois en Suisse en 1960, (c'est-à-dire il y a plus d'un demi-siècle), mais il avait été en gestation avant cette époque. Juste après, il connut encore quelques éditions : en 1963 en espagnol, l'année suivante en anglais et en 1971 l'étude fut traduite en arabe et publiée à Bagdad. Il y a aussi des traductions en japonais, en allemand et en suédois mais aucune en bulgare. Ce fait pourrait paraître étrange à quelqu'un qui ignore le contexte de la «Bulgarie socialiste», mais pour moi il est tout à fait compréhensible. Dans un certain sens, le Professeur Katzarov, ayant quitté son pays fut un «ennemi du peuple» et il l'est resté malgré tous ses efforts pour entretenir des liens avec sa patrie ; en témoignent la création du Fonds qui accorde des bourses aux étudiants et chercheurs bulgares, et son nom ainsi qui figure dans l'historiographie grâce à son livre *Soixante ans d'histoire vécue*. Il est à noter que ce livre, qui comprend histoire et mémoires, pouvait être toléré dans les librairies de Bulgarie sous l'ancien régime socialiste, mais ce ne fut pas le cas de ses recherches juridiques, qui étaient au cœur de ses intérêts académiques.

Je n'oserais ici me lancer dans une analyse détaillée de l'œuvre, ni insister sur son contenu, d'ailleurs très bien connu de nos collègues suisses. Je me bornerai donc à en dresser une présentation sommaire et à souligner l'importance de l'édition bulgare qui vient de paraître, essayant aussi de faire apparaître l'ouvrage dans le contexte des recherches juridiques de l'époque en Bulgarie, soit quand l'étude a été projetée et publiée pour la première fois, aussi bien que dans le contexte de la vie privée et de la vie académique de l'auteur.

* Professeur d'histoire du droit, des institutions et des doctrines juridiques et politiques à la Faculté de droit de l'Université libre de Varna *Tchernorizets Khrabar* (Bulgarie)

¹ К. Кацаров, Теория на национализацията. Sofia, Ciela, 2011, 694 p. (ISBN 978-954-28-0903-6)

Le livre du Professeur Katzarov, *Théorie de la nationalisation*, réunit deux volets apparemment incompatibles: cela est dû à la période à laquelle le texte fut rédigé et pourtant, il ne s'agit point d'un ouvrage de conjoncture. Il y a longtemps, on a dit de cet auteur que nul ne pouvait mieux étudier la nationalisation. Il est évident qu'à cause du malheur historique qui s'est abattu sur la Bulgarie il fut en fait témoin de plusieurs nationalisations, qui eurent lieu non seulement dans sa patrie mais dans d'autres pays de l'Europe centrale et orientale. J'oserais même aller plus loin et dire qu'il ne s'agit pas seulement de processus survenus après la Seconde guerre mondiale et l'instauration de régimes totalitaires dans cette partie du monde. En effet, la nationalisation en Russie, ayant eu lieu des décennies plus tôt, avait soulevé beaucoup plus de problèmes juridiques que ne l'ont faites les réformes similaires entreprises après 1945; assurément Konstantin Katzarov en fut aussi témoin, bien que de l'extérieur. Qui plus est, cette pratique n'était pas limitée aux régimes totalitaires de gauche européens et asiatiques. Au contraire, elle a touché nombre de pays dans le monde entier, plusieurs décennies après la Première guerre mondiale et jusqu'aux années 1980. On peut énumérer les dictatures nationalistes et quasi-nationalistes, les régimes populistes de droite mais aussi les gouvernements démocratiques, et cela surtout après les dévastations provoquées en Europe par la Seconde guerre mondiale. Il s'agit d'une situation culturelle aux lourdes conséquences dans tous les domaines de la vie humaine. On sait quand elle a commencé et quand elle a fini, nombre d'années après la publication du livre du Professeur Katzarov.

Or, celui-ci a vécu aussi les souffrances provoquées par le régime responsable de la nationalisation en Bulgarie. Néanmoins, il a réussi à ériger une théorie de manière purement académique, analytique et synthétique, dépourvue d'émotions trompeuses. Sans doute, ces dernières peuvent-elles ruiner toute étude scientifique, qui exige d'ailleurs au moins un minimum d'impartialité. En tant qu'individu et en tant qu'universitaire, Konstantin Katzarov est un cosmopolite qui appartient au moins à deux pays et cultures, la Bulgarie et la Suisse; il a fait littéralement le tour du monde pendant la décennie difficile d'avant-guerre; il a traversé différentes époques en restant fidèle à ses propres valeurs. Voilà pourquoi son livre n'est point une sorte de *Philippiques* contre les régimes totalitaires, contre les populistes de gauche ou de droite, mais l'étude approfondie d'un juriste d'un phénomène culturel humain. Konstantin Katzarov a suivi les étapes des nationalisations et défini les racines juridiques de ce processus contradictoire de la cohabitation de la propriété et de l'Etat. Vue dans une optique éthique et culturelle, cette cohabitation crée un conflit entre le caractère social ou communautaire de l'être humain, d'une part, donc la nécessité pour les hommes de vivre ensemble, et d'autre part leur instinct de s'appropriier, de s'emparer des biens

et des ressources. Ce sont des problèmes philosophiques et anthropologiques que l'auteur a traités dans le cadre d'une étude juridique, ce qui rend sa démarche particulièrement importante dans différents domaines du savoir.

A la fin, on peut retourner à la question posée au début de cette brève présentation: l'édition bulgare de ce livre n'est-elle pas trop tardive? Je ne peux y répondre ni formellement ni catégoriquement. Chaque « retour à la Patrie », après plus de cinquante ans est en quelque sorte tardif, mais nous devons aussi tenir compte qu'en l'occurrence il ne pouvait avoir lieu avant 1989. Comme, d'ailleurs, le retour du Professeur Katzarov en personne. Le grand changement l'a rendu possible, ce même changement qui a donc bouleversé l'appréciation de la nationalisation dans la société bulgare, en ce qui concerne le public. Dans ce sens, on peut assurément dire que, si retard y a, il date d'une dizaine d'années seulement et non d'une cinquantaine; de plus cette constatation n'enlève rien aux qualités du livre. Toute recherche académique devrait être et sera dépassée à un certain moment, c'est la logique du développement du savoir, et, quoi qu'il en soit, cette recherche sera toujours un témoignage. Telle est bien l'essence du livre du Professeur Konstantin Katzarov; si j'osais risquer une périphrase à propos d'un autre titre de ses ouvrages, je dirais qu'il s'agit d'une explication théorique de l'histoire vécue en Bulgarie de la nationalisation.

